HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901

Digitized by Google

Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.

Erster Band,

umfassend den Zeitraum vom 1. September 1853 bis 31. December 1854.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Sortimentsbuchhandlung.

1855.

Rec. July 25, 1901

Gedruckt bei J. D. Sauerländer

Inhaltsverzeichniß.

Seite

1. Henrich wider Kurzrock . . . . . 1 — 10

Glaubwürdigkeit des Mandatars als Zeugen. Bedeutung der executores negotiorum. S. 3 und 9.

Auslegung des Ausdrucks „ein Paar.“ Bedeutung einer unbestimmten Mehrheit. S. 5.

2. Rapp und Fliedner wider Breckheimer . . . . 11 u. 12

Restitution gegen Versäumung der Appellations-Einführungsfrist durch Schuld des Sachführers. Bescheinigung des Restitutionsgrundes. Strafe des Sachführers.

3. R. wider H. . . . . 13 — 24

Einfluß der Cautionsauflage auf die Rechtskraft der dadurch bedingten Entscheidung. S. 19.

Judicati actio aus einer Verurtheilung zur Entschädigung wegen Defloration. Festsetzung der Entschädigungssumme. S. 19.

Cumulation der Klage wegen Defloration mit der Klage aus Eheverspruch. Einrede der Untreue. S. 21.

Injuriöse Schreibart beider Theile im Prozesse. S. 23.

4. Greiß wider Höffler . . . . . 25 — 45

Beendigung der über das Vermögen eines Verschollenen bestandenen Curatel in Folge der Todeserklärung. Ausscheidung der für denselben reservirten Erbtheile und Legate Erbfolge in dessen Nachlaß. S. 32.

Feststellung des Gegenstandes einer vor der Todeserklärung erfolgten Cession des dem Cedenten aus dem verwalteten Vermögen anfallenden Erbantheils. Mutatio und emendatio libelli. S. 35.

Rechtsbeständigkeit dieser Cession. Einfluß des über das Vermögen des Cedenten ausgebrochenen Concurses. S. 41.

5. Wevers & Sohn wider Marx . . . . . 46 — 59

Klage auf Zahlung des Kaufpreises. Klage auf Entschädigung wegen Verbrauchs zugesandter Waaren. Res judicata bezüglich der Natur der angestellten Klage. S. 48.

Perfection des Kaufes. Dispositionsstellung. Anbruch der Waare. S. 48.

Rechtliche Natur des Sconto. S. 51 und 53.

Einfluß der vor dem Urtheil eintretenden Fälligkeit einer Forderung auf die zu früh erhobene Klage. S. 53, 54 und 56.

*

Seite

6. G. wider R. . . . . 60 — 70

Begründung der Einrede der Zahlung. S. 65.

Unterscheidung zwischen Cession und Verpfändung einer Hypothek. S. 67.

Zahlungsmandat an einen außerhalb des Rechtsstreites stehenden Dritten. S. 69.

7. K. wider H. . . . . 71 — 79

Entschädigung wegen Körperverletzung. Beweis der Culpa. Beweis der erlaubten Selbstvertheidigung. S. 72.

Umfang der Verbindlichkeit zum Schadenersatze. Beweis des Schadens. Eid über das Quantum des Schadens. S. 75 und 77.

Ausschließliche Zuständigkeit des Criminalgerichts für das Beweisverfahren bei Civiladhäsionen. S. 77, 78 und 79.

8. Klemm wider Lemmé . . . . . 80 — 87

Zulässigkeit der Ober-Apellation gegen ein Erkenntniß zweiter Instanz, welches bei an sich unzulässiger Apellation auf die Materialien der Sache eingegangen war. S. 82.

Bedeutung des Ausdrucks „Conventions-Münze." S. 83.

Rechtskraft auf einseitigen Antrag ergangener Decrete. S. 84.

Unzulässigkeit einer Einrede bezüglich der Zahlungsmittel in der Executions-Instanz. S. 85.

Berechnung einer zu Wien zahlbaren Geldsumme. Zulässigkeit der Zahlung in Oesterreichischen Banknoten. Zwangscours derselben. Abweichende Verabredung. S. 86.

9. Klingler wider Kuenzer & Comp. . . . . 88 — 97

Bürgschaft des Ehemannes als Eheschuld. S. 90.

Haftung der ehelichen Errungenschaft für Eheschulden. S. 91.

Rechte des einzelnen Ehegatten an den Vermögensobjecten der Errungenschaft während bestehender Ehe. Richterliches Pfandrecht auf den Antheil des einen Ehegatten an Immobilien. Zwangsversteigerung.

10. F. wider Schmidt . . . . . 98 — 125

Zurückweisung der Sache an die erste Instanz in Folge vorgebrachter Nova. Zulässigkeit neuer Einreden. S. 107.

Vindication verkauften Mobiliars, beziehungsweise des Erlöses. S. 108.

Einrede aus dem Verbote der lex commissoria. S. 109.

Exceptio laesionis enormis. Verzicht auf diese Einrede, insbesondere Verzichtleistung in dem verletzenden Vertrage selbst. S. 114 und 125.

Klage aus einem Contocourant. S. 117.

Einrede des Zinswuchers bezüglich der Zinsberechnung und der Provisionsansätze. S. 118.

11. Sch. wider seine Ehefrau . . . . . 126 — 132

Ehescheidung wegen unversöhnlichen Hasses. Prüfung des Beweises mit Rücksicht auf Eidesauflage. S. 129.

Ehescheidung, bezüglich Trennung von Tisch und Bett wegen fortgesetzter grober Beleidigungen. S. 131.

Alimentation der Ehefrau und Bestimmung wegen des Sohnes. S. 132.

12. Ritzefeld wider Beylen Forstmann & Comp. . 133 — 137

Simulation der Cession. Prüfung der Beweisführung. S. 133.

Seite

13. Steinhäuſer III. wider Kitz . . . . . 138 — 141

Unzuläſſigkeit des Präjudizes des Verzichts auf einen Zeugen bei Anberaumung einer Tagfahrt zur Siſtirung auswärtiger Zeugen. Reſtitution gegen den erkannten Ausſchluß. S. 139.

14. D. wider W. . . . . 142 — 150

Privatvergleiche in Schwängerungsſachen. Rechtsbeſtändigkeit derſelben. S. 145.

Zuläſſigkeit der Adhäſion. S. 148.

15. Deſſauer wider Aub . . . . . 151 — 164

Zuläſſigkeit der Vindication bei Wechſeln. S. 155.

Klage auf den Wechſelbetrag gegen den unrechtmäßigen Wechſelerwerber. Art. 74 der A. D. Wechſelordnung. S. 156.

Klage des Eigenthümers einer Sache auf deren Werth gegen den Veräußerer dieſer Sache. S. 159.

Fahrläſſigkeit bei Erwerbung eines Wechſels rückſichtlich der Identität des Wechſelinhabers und des Indoſſatars; insbeſondere nach dem hieſigen Platzgebrauch. S. 161.

Normirung des Beweisſatzes. S. 163.

16. Troſt wider Wolf . . . . . 165 — 171

Execution im Forderungsrechte. Erwerb des Pfandrechts an der Forderung. Erwerb des Eigenthums an dem ausbezahlten Gelde.

Vindication im Concurſe. S. 167.

Stellung des Fiscals zum Staat und zu den Parteien. S. 168.

Armenrecht. Verbindlichkeit der Concursgläubiger zur Tragung der Curatelkoſten. S. 170.

17. Küchler wider H. . . . . 172 — 175

Strafe wegen Mißbrauchs der Appellation. S. 173.

Gültigkeit eines nur von einem Theile unterſchriebenen Vertrags bei nicht vereinbarter Schriftlichkeit deſſelben. S. 173.

Zahlungsverſprechen unter Anerkennung einer Rechnung mit vorgetragenem Saldo. S. 174.

Halbjähriger Rechnungsabſchluß nach den Meſſen und dabei eintretende Zinsberechnung. S. 175.

Nachſicht des Gläubigers bei einzelnen bedungenen Terminzahlungen in Bezug auf den Eintritt der weiteren Termine. S. 175.

18. Mutter wider Kayſer . . . . . 176 — 182

Ceſſion von Geſchäftsausſtänden nach Auswahl des Ceſſionars. Einfluß des vor ausgeübter Wahl eingetretenen Concurſes. S. 179.

19. Haas wider Wertheimber . . . . . 183 — 204

Rechtskraft des Produktions-Erkenntniſſes bezüglich der formellen Statthaftigkeit des Sachverſtändigen-Beweiſes überhaupt und in Betreff der zum Gutachten verſtellten Punkte. S. 188.

Beweis eines, gegen Pfandbeſtellung in Staatspapieren, darlehnsweiſe gemachten Vorſchuſſes und Gegenbeweis, gerichtet auf ein Lieferungs- und Prolongationsgeſchäft. Depotgeſchäft in Form eines Kaufgeſchäftes sub pacto retrovenditionis et emtionis. S. 192.

Verantwortlichkeit wegen börſenmäßiger Beſchaffenheit gelieferter Obligationen. S. 196.

Erlöſchungslauſel in Engagementsbriefen bei Verſatz- und Prolongationsgeſchäften. S. 198.

Pfandzuſchuß. Prolongation. S. 201 und 202.

Seite

20. Löffler wider Fertig . . . . . 205 u. 206
Restitution gegen die Versäumung der Appellations-Einführungsscheift und das ergangene Desertions-Erkenntniß, wegen eines auf der Post Statt gehabten Versehens. Kosten. Verschonung mit Strafe. S. 205.

21 Zißmann wider Dr. Gallus Erben . . . . . 207 — 218
Specification von Auslageposten. S. 214.
Beweis der Zahlung. S. 215.
Verpflichtung zur Vergütung geleisteter Dienste. Einrede der Entgeltung durch gemachte Geschenke. S. 216.
Cession einer Immobiliarforderung an einen der Miteigenthümer des Immobile. S. 217.
Verordnung vom 7. Juni 1774, den Aufwand bei Begräbnissen betreffend. S. 218.
Befugniß der Gerichte zur Rüge und Zurechtweisung in Beziehung auf die Parteien. Antrag einer Partei auf Ausübung dieser Befugniß. S. 218.

22. R. wider K. . . . . 219 — 233
Bestimmung des § 1 der Beisassenordnung vom 5. Juni 1708, das Verbot der Betheiligung Fremder an hiesigen Handlungen betreffend. S. 224, 228 und 229.
Nichtigkeit der gegen dieses Verbot geschlossenen Verträge. S. 225.
Anwendung der gedachten Bestimmung auf stille Gesellschaften. S. 225.
Auseinandersetzung des Vermögens einer solchen Gesellschaft. S. 226.

23. Rapp wider Breckheimer . . . . . 234 — 251
Benennung der beklagten Erben behufs der Passivlegitimation. S. 239.
Substantiirung der Erbsonderungsklage. S. 240.
Ausscheidung der ehelichen Errungenschaft und des Sondervermögens. S. 240.
Vermuthung für die Errungenschaftsqualität. Beweislast. S. 242, 248 — 250.
Anwendung dieser Vermuthung auf den Fall unterlassener Anfertigung eines Inventars von Seiten des überlebenden Ehegatten. S. 242.
Anerkennung des Testaments von Seiten der auf den Pflichttheil gesetzten Notherben. Folgen bezüglich der in dem Testament enthaltenen Vermögensangaben. S. 243.
Verpflichtung zur Zinszahlung ultra alterum tantum in Bezug auf einen Posten, welchee mit aus Zinsen gebildet ist, die Dritte bezahlt haben. S. 244.
Sondergutsqualität der durch Testament auferstorbenen Güter. Einfluß des Umstandes, daß der Anschlagspreis an die Miterben aus dem Nachlasse selbst oder sonstigem Vermögen des annehmenden Erben bezahlt wird. Bestimmung der Reform. V. 5. § 3. Begriff der Errungenschaft. S. 245.
Ausmittelung der ehelichen Errungenschaft. Umfang des aufzunehmenden Inventars. S. 248
Ausschluß der Vermuthung für die Errungenschaftsqualität während bestehender Ehe und in Bezug auf Dritte. S. 250.

24. Cardini wider Minoprio . . . . . 252 — 259
Bedeutung mehrerer weder copulativ noch alternativ normirter Beweise bezüglich der vorbehaltenen Entscheidung über das Resultat der Beweisführung. S. 254.
Versprechen „alle Recepte und Notizen über eine Fabrikation" auszuliefern. S. 255.
Anwendung des Artikels 34 der provisorischen Gerichtsordnung S. 256.
Theilweise Vergleichung der Kosten zweiter Instanz. Kosten der Actenversendung. S. 258.

Seite

25. Jacobi wider die Actiengesellschaft für Rhein- und Mainschifffahrt . . . . . 260 - 266

Amortisation auf den Inhaber lautender Schuldverschreibungen nach der Verordnung vom 8 Juli 1817 S. 262.
Zustimmung des Schuldners bei unzulässiger Amortisation. S. 265.
Analoge Anwendung des Artikels 4 der gedachten Verordnung auf nicht städtische Schuldverschreibungen. S. 265.

26. Bange wider Neugaß . . . . . 267 — 270

Entscheidung ohne Einziehung der Voracten. S. 269.
Perfection des Spielvertrags über hiesige Lotterieloose S. 269.

27. Die Lehnsträger des Münzenberg'schen Lehns wider den Hohen Senat . . . . . 271 — 299

Lehnsrechtliche Bestimmung der für die Expropriation von Lehnsgütern von dem Exproprianten auszuzahlenden Entschädigung als eines Geldlehns oder als eines Grundlehns. Anlegung in Hypotheken oder Grundstücken. Feudale oder allodiale Qualität solcher Entschädigung. S. 274.
Zulässigkeit der Anlegung von Fideicommißgeldern in Insätzen und Staatspapieren. Anwendung dieser Bestimmung auf Lehnsgelder. S. 278 und 293.
Widerspruch der Lehnsberechtigten. S. 283.
Ersatzverbindlichkeit des Lehnsherrn wegen unbegründeten Widerspruchs gegen zinsbare Anlegung der Expropriationsgelder. S. 291.
Vergleichung der Kosten erster und zweiter Instanz. Actenversendungskosten. S. 292.

28. P. wider B. . . . . 300 — 305

Abweisung der Klage wegen des bereits in den Acten enthaltenen vollständigen Gegenbeweises. S. 301.
Unzulässigkeit der Eidesdelation bei vorliegendem Gegenbeweise. S. 305.

29. H. wider C. . . . . 306 — 312

Begründung der Klage auf Ehescheidung sowie der Einrede der Verzeihung. S. 308.
Specielle Fassung des Beweises. S. 309.
Harte Mißhandlungen oder fortgesetzte grobe Beleidigungen als Ehescheidungsgrund nach § 15 des Gesetzes vom 19. November 1850. S. 311.
Theilweise Kosten-Compensation. S. 312.

30. Beyer wider Abt und Ehefrau . . . . . 313 — 316

Beweis, ob ein Grundstück ganz oder zum Theil verkauft ist. Unzulässigkeit des Sachverständigen-Beweises. S. 314.
Verurtheilung in die Kosten der öffentlichen Verhandlung. S. 316.

31. Frankfurt-Hanauer-Eisenbahngesellschaft wider das Hospital zum heiligen Geist . . . . 317 — 333

Expropriations-Prozeß. Ausführung der Vorbehalte im ordentlichen Verfahren. S. 317 — 333.
Verurtheilung zur Rückerstattung der im summarischen Verfahren zuerkannten zu hohen Entschädigungs-Summe. S. 323.
Voraussetzungen wiederholter Taxation. S. 326 und 330.
Ausstellungen gegen die stattgehabte Taxation S. 327.
Versehen in der Sententia a qua v. A. w. berichtigt. S. 333.

Seite

32. Bergen wider Haas . . . . . 334 — 342

Anſpruch des Mandatars resp. Fidejuſſors gegen den Mandanten resp. Rückbürgen, beſchränkt auf Erſatz ſeiner Aufwendungen. S. 338

Verſprechen der Zahlung mit der Klauſel: „ſobald es die Vermögensverhältniſſe geſtatten.“ Bedeutung deſſelben. S. 340.

Beweislaſt hinſichtlich des Eintritts dieſes Zeitpunkts. S. 341.

Einfluß der während des Prozeſſes eintretenden Fälligkeit einer Forderung auf das Urtheil. S. 341.

33. Steinhäuſer III. wider Kitz und deſſen Ehefrau, Teſtamentserben . . . . . 343 — 345

Prüfung des geführten Zeugenbeweiſes. Singularität der Zeugen. S. 343.

Zuerkennung des Reinigungseids wegen conſtatirten Meineids des Gegners. S. 345.

34. Gebhard & Hauck wider Bernhard Berle und Marcus Berle . . . . . 346 — 363

Actio doli begründet durch Veranlaſſung zum Creditgeben, resp. zur Crediterweiterung unter Verſchweigung der Inſolvenz des Schuldners. S. 350.

Zuläſſige Verbeſſerung, resp. Erläuterung der Klage. S. 353, 359 und 362 i. f.

Statthafte Klagänderung. S. 360 ff.

35. Eidebenz wider Lachmann . . . . . 364 — 369

Verſprechen einer Belohnung für Dienſtleiſtungen, Perfection des deßfallſigen Vertrags. Beurtheilung der Zulänglichkeit der Klagbegründung. S. 364.

Beweis des Verſprechens und der Acceptation deſſelben. S. 369.

36. Löffler wider Fertig . . . . . 370 — 378

Erbrecht der Inhälterin an den Nachlaß des Concumbenten. S. 373.

Legitimation derſelben als Vormünderin zur Geltendmachung von Erbanſprüchen ihres unehelichen Kindes. S. 374.

Cumulation der Klage auf Alimente mit der Klage auf Auskehrung des Erbtheils aus dem Nachlaß des natürlichen Vaters. Elective Concurrenz dieſer Anſprüche. S. 374.

Vorausſetzung der Klagabweiſung wegen plus petitio. S. 374, 377 und 378.

Befugniß eines während der Ehe vor Ablauf der kritiſchen Zeit geborenen, von dem Ehemann der Mutter anerkannten Kindes zur Geltendmachung der natürlichen Vaterſchaft eines Dritten. S. 374 i. f.

Beweis dieſer Vaterſchaft durch die Thatſache des außerehelichen Beiſchlafs. S. 376.

Beweislaſt in Betreff des Fortlebens des zu alimentirenden Kindes. S. 376 i. f.

Anwendung des Art. 36 d. prov. Pr. O. auf Minderjährige unter Streitgenoſſen. S. 377.

37. Haag und Ehefrau wider Zilcher . . . . . 379 — 398

Eine Urkunde über eine Darlehensſchuld ohne nähere Angabe der thatſächlichen Entſtehung der Schuld als instrumentum indiscretum angefochten. S. 386.

Exceptio indebiti. S. 387. Beſonderer Beweis des Irrthums nicht erforderlich. S. 389 und 398.

Verſuch antieipirter Beweisführung in höherer Inſtanz. S. 387 i. f.

Seite

Antrag auf Edition von Urkunden zum Zweck antieipirter Beweisführung. S. 389.

Sachlegitimation des Ceſſionars. S. 390.

Erfüllung der einem Legate zugefügten Bedingung: „wenn ein Dritter ſeine Schuld dem Erblaſſer zahlt.“ S 391.

Einrede ſtillſchweigender Ademtion eines Legats. S. 393.

Wann iſt über eine reconveniendn und eventuell compensando geltend gemachte Forderung zu entſcheiden? S. 394.

Condictin indebiti; Entſchuldbarkeit des factiſchen Irrthums nicht erforderlich. S. 396.

Zuläſſigkeit der Condiction eines aus Rechtsirrthum indebite ausgeſtellten Schuldſcheins. S. 396.

38. Mohr'ſche Nachlaßadminiſtration wider die May'ſche Debitmaſſe . . . . . 399 — 415

Auslegung der Art. 24 und 25 des Geſ. v. 8. Juli 1817 über Ausklage der Hypotheken- und Reſtkaufſchillingsbriefe. S 405.

Interpretation einer teſtamentariſchen Beſtimmung bezüglich der Frage, ob ſolche eine bedingte Erbeinſetzung resp. ein legatum ususfructus oder eine mit einem bedingten Univerſalfideicommiß belaſtete unbedingte Erbeinſetzung enthält. S. 410.

Confuſion der gegenſeitigen Forderungen des Erblaſſers und des Fiduciarerben ohne Rückſicht auf den entgegenſtehenden Willen des Letzteren. S. 411.

Einfluß der Reſtitution des Fideicommiſſes auf dieſe Forderungen. S 411.

Verlangen wiederholter Cautionsleiſtung füe die Herausgabe eines Fideicommiſſes. S. 413

Anſpruch auf die trebell. Quart ohne deßfallſigen Vorbehalt bei der Erbſchaftsantretung. S. 413.

Unzuläſſigkeit des teſtament. Verbots des Abzugs der trebell. Quart. S. 414.

39. Bauamts-Eiſenbahn-Commiſſion wider v. H. . 416 — 423

Verwerfung der Ober-Apellation ohne Verhandlung über dieſelbe. S. 418.

Grundſätze über Tragung und Erſtattung der Prozeßkoſten im Expropriations-Verfahren. S. 418 und 422.

Strafe wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Ober-Appellation. S. 421.

40. F. v. Ch. wider die Erben des C. H. . . . . 424 — 429

Anſpruch der Concubine an den Nachlaß des Concumbenten auf Erſatz von Auslagen und Vergütung für Dienſtleiſtungen, begründet durch ſpecielle Anerkennung. S. 428.

Subſtanziirung der Einrede der Zahlung. S. 429.

41. H. wider H. . . . . 430 — 437

Anwendung und Ausnahmen der Regel: qui excipit non fatetur. S. 433.

Klage aus einem Eheverſprechen, Subſtanziirung der Einrede des geſchlechtlichen Umgangs mit Dritten. S. 433.

Bemeſſung der Entſchädigung wegen Nichtvollzug des Eheverſprechens. S. 435

**

Auszüge aus früheren Entscheidungen:

		Seite
Zu 1.	Lüth wider Stranß. 1834	9
„ 5.	Rothschild wider Diehl. 1851	53
„ „	Jacquet wider Kühler-Emkes. 1849	54
„ „	Prenck wider May. 1850	56
„ 7.	Westbrook wider Dettmer. 1843	77
„ „	Diehl wider Umpfenbach. 1837	78
„ „	Reinach wider Wissenbach. 1845	79
„ 10.	Stünzi wider Rieger. 1836	125
„ 22.	Peters wider Herrmann. 1841 . . . 228	u. 332
„ „	Almsen wider Kayser. 1852	229
„ 23.	Hemmerich wider Söldner. 1834	245
„ „	Kohlbacher wider Kohlbacher. 1837	248
„ „	Schäfer wider Odemer. 1849	250
„ 25.	Jacobi wider die Actiengesellschaft für Rhein- und Mainschifffahrt. 1853	265
„ 27.	v. Wiesenhütten wider Leonhardi. 1850	293
„ 34.	Klees und Hauser wider Neuleanx & Comp. 1840	359
„ „	Lenz wider Geißel. 1844	360
„ „	Liebtreu wider Überhoff. 1845	362
„ 36.	Lebling wider Gerothwohl. 1832	377
„ „	Hummel wider Langenbach. 1832	378
„ 37.	Hümmer wider Schott. 1844	395
„ 39.	Taunus-Eisenbahn wider von Cotta und von Thienen. 1843	421

Sammlung

der

Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Durch die bereits im April laufenden Jahres von der **Verlagsbuchhandlung** ausgegebene Ankündigung ist der Plan dieser Sammlung, von welcher das erste Heft hiermit dem Publikum übergeben wird, mitgetheilt worden. Die Sammlung wird die von dem Ober-Appellationsgerichte in **Frankfurter Civilrechtssachen** seit dem 1. September 1853, dem Anfange des laufenden Geschäftsjahrs, ergangenen und weiter ergehenden Entscheidungen umfassen und die von diesem Gerichte gegebenen Entscheidungsgründe in der Regel vollständig mittheilen: nur solche Ausführungen werden hinweggelassen, die weder eine Darlegung, oder eine Anwendung von Rechtsvorschriften enthalten, noch auch zum bessern Verständnisse des Mitgetheilten beitragen können. Der decisive Theil der Urtheile des Ober-Appellationsgerichts, die Erkenntnisse und Entscheidungs-

gründe der vorderen Instanzen sollen insoweit beigefügt werden, als solche zum Verständnisse der ober-appellationsgerichtlichen Entscheidungen dienen. Endlich hat es zur Erläuterung solcher Rechtsfragen, bei deren Behandlung und Entscheidung das Ober-Appellationsgericht auf frühere Aussprüche Bezug nimmt, angemessen geschienen, diese, vorausgesetzt, daß sie eine weitere Rechtsausführung enthalten, in die Sammlung mit aufzunehmen.

Dem Wunsche Mancher möchte es zwar entsprechender gewesen sein, wenn nur die Erörterungen und Entscheidungen von Rechtsfragen abgedruckt worden wären; allein es mußte der ausführlichen und möglichst vollständigen Mittheilung um deßwillen der Vorzug gegeben werden, weil nur bei Kenntniß der Einzelheiten des Falls eine genauere Prüfung der gegebenen Entscheidungen möglich und somit zum eigenen Studium eine wirksame Anregung dargeboten wird: für diese Behandlungsweise fanden wir auch noch einen weitern Grund in dem Umstande, daß man auch bei Anlegung der für Bremen und Hamburg veranstalteten Sammlungen im Wesentlichen von denselben Grundsätzen ausgegangen zu sein scheint. Indessen sind wir gerne bereit, Wünschen und Rathschlägen von sachverständiger Seite in den kommenden Heften den ihnen gebührenden Einfluß zu gewähren. —

Unter ganz gleichem Titel, wie die vorliegende Sammlung, ist vor einigen Wochen ein erstes Heft herausgegeben von Dr. J. J. Römer bei der Boselli'schen Buchhandlung erschienen. Allein der in diesem Hefte verfolgte Plan weicht so sehr von dem unsrigen ab und auch mit der Ausführung sind wir so wenig einverstanden, daß wir uns, wie wünschenswerth auch eine Vereinigung sein mag, doch nicht veranlaßt sehen konnten, unser schon seit geraumer Zeit vorbereitetes Unternehmen aufzugeben oder auch nur irgendwie zu modificiren. Eine Kritik des bei Boselli erschienenen Heftes wäre hier nicht am Platz und dürfte jetzt auch um so überflüssiger sein, als ja der Sachverständige durch eine Vergleichung der beiden Sammlungen sich ein Urtheil bilden kann.

Den lebhafteſten Dank zollen wir ſchließlich dem hochverehrlichen Appellationsgericht und Stadtgericht unſerer Stadt für die Bereitwilligkeit, mit welcher ſie uns die erforderliche Einſicht der Acten verſtatten und die nöthigen Abſchriften der Erkenntniſſe gewähren: ſowie wir es rühmend anerkennen müſſen, daß auch von Seiten unſerer Collegen uns jede Unterſtützung freundlichſt gewährt worden iſt.

Den Verlagsdebit hat die unterzeichnete Buchhandlung bereitwilligſt übernommen, und erlaubt ſich dem obigen **Proſpektus** noch beizufügen, daß alle Garantien für die tüchtige Förderung des Unternehmens geboten ſind.

Die Sammlung erſcheint in Heften à 10 Bogen, deren drei einen Band bilden. Am Schluſſe jeden Bandes wird ein ausführliches Regiſter beigefügt.

Der Ladenpreis iſt auf 27 1/2 Sgr. oder fl. 1. 36 kr. rhein. per Heft feſtgeſetzt. Für die Herrn Subſcribenten in Frankfurt, die bei der Verlagshandlung ſelbſt unterzeichnen und ſich zur Abnahme eines Bandes verbindlich machen, beſteht bis zum Erſcheinen des zweiten Hefts ein ermäßigter Subſcriptionspreis.

Frankfurt am Main, im Juli 1854.

J. D. Sauerländer's Sortim.-Buchhandlung.

1.

J. G. Henrich, Kläger, wider **J. A. Kurzrock** und deſſen Ehefrau, Beklagte, wegen Errichtung von Zuglöchern in einer Brandmauer, jetzt geführten Beweis betreffend.

In dieſer Sache war durch Beweisinterlocut vom 9. Februar 1852 dem Kläger der Beweis auferlegt:

> „daß bei der am 4. November 1851 ſtattgehabten öffentlichen Verſteigerung der Grundſtücke Lit. B. Nr. 220 bis 222 der hieſige Bürger und Kärcher Johann Adam Kurzrock ihm verſprochen habe, zu geſtatten, daß der Kläger in die fragliche Brandmauer ſoviel Zuglöcher anbringe, als erforderlich ſei, um den an dieſer Mauer befindlichen Kühlſchiffen des Klägers ein gehöriges Maaß kalter Luft zuzuführen."

Dieſer Beweis wurde vom Kläger durch Zeugen, Erbieten zum Erfüllungseid eventuell durch Eidesdelation angetreten.

Nach beendetem Beweisverfahren erging das **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 20. October 1852, wodurch vorſtehender Beweis für bis zum Erfüllungseide geführt erachtet wurde, unter Beifügung folgender Gründe:

Die Zeugen Renk und Öhne deponiren, daß der Beklagte die fragliche Zuſage gemacht habe; wenn nun zwar Zimmermeiſter Renk als Mandatar des Klägers kein völlig claſſiſcher Zeuge iſt, ſo muß dennoch der klägeriſche Beweis jedenfalls für mehr als zur Hälfte erbracht angenommen werden, weil der Zeuge Öhne auch von den Beklagten als Gegenbeweiszeuge denominirt worden iſt und die zwei anderen Gegenbeweiszeugen nicht deponiren konnten, daß der Beklagte das fragliche Verſprechen nicht gegeben habe.

Auf Appellation des Beklagten wurde die Entscheidung des Stadtgerichts durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 7. Januar 1853 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 19. September 1853 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Beklagten haben im Eingang ihres Appellationslibells als gravamen unicum die Beschwerde voriger Instanz wiederholt, daß der Kläger zum Erfüllungseide zugelassen und nicht vielmehr den Beklagten der Reinigungs- resp. zugeschobene Eid zuerkannt worden sei. In der Rechtfertigung ihrer Appellation und der beigefügten Schlußbitte ist aber zugleich die eventuelle Beschwerde enthalten, daß der Erfüllungseid des Klägers nur auf ein allgemeines, die Zahl der Zuglöcher nicht begrenzendes Versprechen zu richten und für den Fall der Ableistung desselben den Beklagten nur die Gestattung von zwei Zuglöchern aufzuerlegen gewesen wäre. Diese eventuelle Beschwerde kann jedoch nur insoweit Berücksichtigung finden, als in ihr das Verlangen enthalten ist, den Erfüllungseid des Klägers auf das fragliche Versprechen im Allgemeinen zu beschränken, über die Anzahl der versprochenen Zuglöcher dagegen auf den Reinigungseid oder den deferirten Eid zu erkennen, denn das Verlangen, hinsichtlich der Zahl der Zuglöcher von einem solchen Eide ganz abzusehen, erscheint nach der Beschaffenheit der Beschwerde voriger Instanz und nach dem Umfang des angetretenen Beweises ebenso unstatthaft als unbegründet. Hiernach ist als Gegenstand der Hauptbeschwerde die Frage anzusehen,

> „in wie weit bewiesen sei, daß Johann Adam Kurzrock dem Kläger das Anbringen von Zuglöchern in der fraglichen Brandmauer zu gestatten versprochen habe?“

als Gegenstand der eventuellen Beschwerde aber die Frage:

> „in wie weit bewiesen sei, daß dieses Versprechen sich auf so viele Zuglöcher erstreckt habe, als erforderlich sei, um den Kühlschiffen des Klägers ein gehöriges Maaß kalter Luft zuzuführen?“

I. Die Hauptbeschwerde stellt sich als offenbar grundlos dar. Soviel zunächst

1) die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen betrifft, so ist dieselbe nur in Ansehung des Zeugen Renk bestritten. Den Beklagten kann nun zwar nicht beigepflichtet werden, wenn sie diesen Zeugen wegen seines Mandatsverhältnisses zum Kläger als gänzlich unglaubwürdig anfechten. Denn wenn auch über die wahre Bedeutung der in

l. 25. D. de testib.

genannten und mit den patroni causae auf gleiche Stufe gestellten executores negotiorum nicht mit Sicherheit geurtheilt werden kann, so läßt sich doch, wie das Ober-Appellationsgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat,

Weydt ca. Weydt 1829.
Lüth ca. Strauß 1834. *)
Hümmer ca. Schott 1848.

in keiner Weise annehmen, daß darunter jede mit der Besorgung eines einzelnen Geschäfts beauftragte Person zu verstehen sei und diese zum Zeugniß darüber gänzlich unfähig sein sollte; vielmehr hat das richterliche Ermessen nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen, ob und in wie weit der Mandatar wegen etwaiger Verantwortlichkeit aus dem aufgetragenen Geschäft an Glaubwürdigkeit als Zeuge verliere.

Eine solche Verantwortlichkeit muß man aber im vorliegenden Falle allerdings voraussetzen und den Zeugen Renk daher als einen verdächtigen ansehen. Renk sollte bei der Versteigerung vom Weiterbieten für den Kläger nur abstehen, wenn er von dem Concurrenten desselben das Zugeständniß erlangt haben würde, die für die Kühlschiffe des Klägers nöthigen Zuglöcher anbringen zu dürfen. Hätte er ohne ein festes Zugeständniß dieser Art vom Weiterbieten abgestanden, so würde er seinen Auftrag nicht gehörig vollzogen und sich deßhalb dem Kläger regreßpflichtig gemacht haben. Dieser Verdachtsgrund kann nun nicht etwa deßhalb für

*) Vergleiche unten S. 9.

beseitigt gelten, weil der Kläger in der Gegenerklärung des Beweisverfahrens und wiederholt in jetziger Instanz bemerkt hat, Renk habe das unentgeltlich übernommene Mandat dem Willen des Klägers gemäß ausgeführt und könne und werde deßwegen von diesem niemals für die Folgen seines Verfahrens verantwortlich gemacht werden, auch wenn Kläger seinen Zweck nicht erreiche. Denn abgesehen davon, ob der Kläger durch diese, nur den Beklagten gegenüber abgegebene Erklärung bei einem etwaigen Regreß gegen Renk gebunden sein würde, geht aus den Acten jedenfalls nicht hervor, daß Renk vor seiner Vernehmung als Zeuge davon Kenntniß erhalten habe. Auch stellt sich der Verdachtsgrund als ein nicht ganz unerheblicher dar, weil, wie die Beklagten mit Recht hervorheben, der Auftrag des Klägers zur Erstehung des Kurzrock'schen Grundstücks beweist, wie viel ihm daran gelegen war, das Recht zum Anbringen der nöthigen Zuglöcher zu erlangen und der Zeuge Renk sich dessen ohne Zweifel wohl bewußt war. Andererseits liegt jedoch nur die Möglichkeit eines Regresses gegen Renk im Allgemeinen vor, mit welchem Erfolg und bis zu welcher Summe der Kläger ihn auf Entschädigung würde belangen können, läßt sich ohne genauere Kenntniß von dem Inhalt des ertheilten Auftrags nicht beurtheilen. Deßhalb würde es sich nicht rechtfertigen lassen, eine völlige Unglaubwürdigkeit seines Zeugnisses anzunehmen.

Prüft man nun

2) den Inhalt der Zeugenaussagen, so hat nicht nur der Zeuge Renk, sondern auch der anerkannt classische Zeuge Öhne ganz bestimmt bezeugt, daß Johann Adam Kurzrock bei der Versteigerung am 4. November 1851 auf den Vorschlag des Zeugen Renk nach anfänglicher Weigerung die Zusage ertheilt habe, die Einrichtung von Zuglöchern in der fraglichen Brandmauer zu gestatten, und der Zeuge Öhne bemerkt noch ausdrücklich, daß Renk nach diesem Zugeständniß Kurzrock's von der Steigerung zurückgetreten sei und ihn dabei als Zeugen des Vorgangs aufgerufen habe. Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß der hier fragliche Theil des Beweissatzes mehr als zur Hälfte für erwiesen angesehen werden muß, sofern das Ergebniß nicht durch die von

den Beklagten behaupteten Widersprüche der vernommenen Zeugen geschwächt sein sollte. Diese Widersprüche sind aber ganz unerfindlich.

— — — — — — — — —

3) Aus dem Bisherigen ergibt sich zugleich, daß der unternommene Gegenbeweis gänzlich mißlungen ist. Denn von den drei Gegenbeweiszeugen hat der eine, Kruck, von der ganzen Sache Nichts gewußt, der andere, Weißmantel, nur von einer dem entscheidenden Zeitpunkt vorausgegangenen und daher unerheblichen Thatsache ausgesagt, der dritte, Öhne, aber den klägerischen Beweissatz bestätigt. Daraus folgt weiter, daß alle die Gründe, welche die Beklagten neben dem Ergebniß der Zeugenaussagen selbst zu Gunsten eines ihnen zuzuerkennenden Reinigungseides geltend gemacht haben — die bessere Wissenschaft, die Parteirolle und das angeblich mangelnde Interesse am Ausgange des Rechtsstreits — gar nicht in Betracht kommen können. Denn da für den Kläger ein mehr als halber Beweis, für die Beklagten aber gar kein Beweis geliefert ist, so kommt hier nicht die Reform. I. tit. 39. § 8 zur Anwendung, wonach bei Colliſſion von Beweis- und Gegenbeweisgründen das richterliche Ermessen auf Rücksichten jener Art verwiesen wird, sondern § 5 desselben Titels, wonach dem Kläger, dessen persönliche Glaubwürdigkeit nirgends bestritten ist, ein Recht auf Zuerkennung des Erfüllungseides zusteht.

II. Auch die eventuelle, die Zahl der in Anspruch genommenen Zuglöcher betreffende Beschwerde der Beklagten konnte nicht für begründet erachtet werden.

1) Die Aussage des Zeugen Öhne geht dahin, daß Kurzrock die Errichtung von Zuglöchern in der Brandmauer versprochen habe, eine speciellere Angabe über die Zahl der zu errichtenden Zuglöcher kommt darin nicht vor; denn wenn auch die erste Erklärung des Zeugen zum ganzen klägerischen Beweissatz mit dem Wort „ja“ beginnt, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß die folgenden Worte, worin eben jene allgemeine Aussage enthalten ist, den eigentlichen Sinn der Bejahung erläutern und genauer bestimmen sollten. Dies wird denn auch dadurch bestätigt, daß der Zeuge sich zu den nachher an ihn gerichteten Fragen immer gleichmäßig desselben Ausdrucks: „Errichtung von Zuglöchern“

bedient, daß er ausdrücklich erklärt, die Worte, mit denen Kurzrock ſein Zugeſtändniß gemacht habe, könne er nicht mehr ſo genau angeben und daß er ſchließlich verſichert, Renk habe immer nur im Allgemeinen von Zuglöchern geſprochen. Es fragt ſich daher, ob das ohne nähere Beſtimmung der Zahl auf die Errichtung von Zuglöchern gerichtete Zugeſtändniß im Sinne des klägeriſchen Beweisſatzes aufzufaſſen iſt. Dies muß aber bejaht werden. Zunächſt iſt ſo viel klar, daß Renk, wenn er ein Zugeſtändniß dieſer Art verlangte, dabei nichts anderes im Sinne haben konnte, als daß dem Kläger die für deſſen Zweck erforderliche Anzahl von Zuglöchern geſtattet werden ſollten. Kurzrock aber mußte ſich ſagen, daß wenn er das verlangte Zugeſtändniß machte, ohne daſſelbe auf eine beſtimmte Zahl von Zuglöchern zu beſchränken, er ſich damit dem unterwarf, was durch den Zweck des Klägers erfordert wurde. Denn außerdem würde das Zugeſtändniß für den Kläger kaum eine erhebliche Bedeutung gehabt haben, während es doch nach der Erklärung Renk's, er wolle gegen Ertheilung der fraglichen Zuſage von der Steigerung zurücktreten, offen vorlag, daß der Kläger ein bedeutendes Intereſſe daran hatte, die Zuſage zu erlangen. Wäre daher ſelbſt der Zweck des Klägers dem Kurzrock nicht genauer bekannt geweſen, als er ſchon aus dem Wort „Zuglöcher" ſelbſt erkennbar iſt, ſo müßte doch dem ganz unbeſchränkten und erſt nach anfänglicher Weigerung gegebenen Verſprechen des Letzteren die Bedeutung beigelegt werden, daß damit die nach Maßgabe ihres Zwecks nothwendige Zahl von Zuglöchern zugeſtanden werden ſollte. Es läßt ſich aber überdies, da Kurzrock als Kaufliebhaber auftrat und ein Bruder des vorigen Beſitzers war, mit Grund vorausſetzen, daß er mit den localen Verhältniſſen und den nächſten Umgebungen der zu erſtehenden Beſitzung, ſonach auch mit dem, was der Kläger durch das verlangte Zugeſtändniß für ſich erreichen wollte, recht wohl bekannt war, wie denn die Beklagten ſich auch nirgends darauf berufen haben, daß ihnen der Zweck des Klägers unbekannt geweſen ſei, vielmehr im Appellationslibell bei der eventuellen Beſchwerde alles Gewicht lediglich darauf legen, daß nicht die Errichtung von Zuglöchern im Allgemeinen, ſondern nur von ein Paar Zuglöchern zugeſtanden

worden sei. Der Einwand, daß wenn eine Zusage auf eine Mehrheit ohne nähere Bestimmung gerichtet ist, hierunter im Zweifel die Zahl zwei zu verstehen sei, läßt sich hier nicht erheben. Denn wenn auch dieser Satz für eine Mehrheit von Zeitabschnitten, nach deren Verlauf eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist, gelten sollte,

vergl. l. 17. § 3. D. de manumissis testam. (40. 4)
l. 217. § 1. D. de verb. sign.

so kann derselbe doch, ganz abgesehen davon, ob er ohne Weiteres auf eine Mehrheit von Gegenständen einer Zusage analog angewendet werden dürfte, jedenfalls da nicht maßgebend sein, wo, wie hier die nähere Bestimmung der Mehrheit schon aus den Umständen selbst genügend hervorgeht.

2) Der Zeuge Renk gibt zur ersten Frage an, er habe dem Kurzrock auf dessen anfängliche Weigerung auseinandergesetzt, daß ihm ein Paar Zuglöcher ja gar keinen Nachtheil verursachten, und darauf habe Kurzrock ihm in die Hand versprochen, die Anbringung von Zuglöchern zu gestatten und zwar ganz allgemein und ohne die Zusage auf ein Paar Zuglöcher zu beschränken. Hier entsteht nun allerdings der Zweifel, ob die allgemeine Zusage Kurzrock's nicht aus der vorausgegangenen Äußerung des Zeugen zu erklären und daher als unter der berechtigten Voraussetzung ertheilt aufzufassen sei, daß es sich nur um ein Paar Zuglöcher handle, eine Auffassung, die noch dadurch unterstützt zu werden scheint, daß Renk in der am folgenden Tage mit Kurzrock gehabten Unterredung seiner eigenen Erzählung gemäß sich nur auf die unbestimmte Bedeutung des Wortes „Paar" berufen haben will.

Von dieser Annahme aus würde die Aussage zu Gunsten der Beklagten um so erheblicher sein, als der Zeuge nur gegen die Beklagten der vollen Glaubwürdigkeit entbehrt. Allein zunächst kommt in Betracht, daß der Zeuge auf Vorhalt des klägerischen Beweissatzes ausdrücklich versichert hat, Kurzrock habe versprochen, das Anbringen so vieler Zuglöcher zu gestatten, als erforderlich sei, um den Kühlschiffen des Klägers ein gehöriges Maaß von kalter Luft zuzuführen, und es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß diese Versicherung etwa nur auf einer Schlußfolgerung des Zeugen beruhe. Sodann bestätigt der Zeuge am Schluß

seiner Vernehmung, daß er, bevor Kurzrock die feste Zusage ertheilt gehabt, demselben auf Befragen erklärt habe, er könne nicht sagen, wie viele Zuglöcher errichtet werden sollten. Und selbst abgesehen hiervon läßt sich doch auch nicht annehmen, daß der Ausdruck „ein Paar Zuglöcher" gerade im Sinne von zwei Zuglöchern von Kurzrock habe verstanden werden müssen. Bleibt es auch ungewiß, mit welcher Betonung der Zeuge jenen Ausdruck gebraucht haben mag, so ist doch zu berücksichtigen, daß Kurzrock sich vorher überhaupt weigerte, das Anbringen von Zuglöchern zu gestatten, und nach der Bemerkung des Zeugen erst in der Meinung stand, es handle sich um das Anbringen von Fenstern, daß also nicht etwa bloß noch eine Differenz über die Zahl der Zuglöcher auszugleichen war, sondern die ganze Verwilligung in Frage stand. Daraus ergibt sich, daß auf dem Wort „Paar" in der Aeußerung des Zeugen kein entscheidendes Gewicht liegen konnte, dasselbe vielmehr recht wohl für eine zwar mäßige, aber doch unbestimmte Anzahl gebraucht sein konnte.

3) Nach dem Bisherigen liegt eine Übereinstimmung beider Zeugen darüber vor, daß Kurzrock ein Versprechen im Sinne des klägerischen Beweissatzes abgegeben habe, und es war daher aus denselben Gründen, welche zu 1. geltend gemacht worden sind, auch hier die Zuerkennung des Erfüllungseides gerechtfertigt.

Was den Kostenpunkt betrifft, so folgt aus der Hauptentscheidung, daß die Beschwerde der Beklagten über ihre Verurtheilung in die Kosten voriger Instanz grundlos ist, und wenn sie am Schluß des Appellationslibells auch um Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz bitten, so war dieser Antrag ohne Zweifel nur für den Fall einer reformatoria in der Hauptsache gestellt, außerdem würde er unstatthaft sein, da in voriger Instanz in dieser Beziehung keine Beschwerde erhoben war.

Da der Sachführer der Beklagten (Dr. B.) zu Frankfurt, von welchem die hiesige Procuraturvollmacht ausgestellt ist, nach den Stadtgerichtsacten nur eine Vollmacht des Johann Adam Kurzrock, nicht aber auch der Ehefrau desselben, beigebracht hat, so mußte ihm die erforderliche Ergänzung seiner Prozeßlegitimation aufgegeben werden.

Auszug aus den S. 3 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen Lüth ca. Strauß, 1834.

2) Ebenſo wenig kann aber der Dr. . . . denjenigen Perſonen beigezählt werden, welche in der

L. ult. D. de testibus

als executores negotiorum bezeichnet werden. Denn ſo wenig auch die wahre Bedeutung dieſes Ausdrucks bisher mit Sicherheit hat ermittelt werden können, ſo iſt doch daran nicht zu zweifeln, daß keine gewöhnlichen Mandatare und negotiorum gestores darunter zu verſtehen ſind, wie dies denn auch das Ober-Appellationsgericht ſchon früher, und namentlich in der Frankfurter Sache Weydt ca. Weydt im Jahre 1829 angenommen hat.

Denn einer ſolchen generellen Bedeutung des Wortes widerſpricht ſchon

a) der Umſtand, daß alsdann der Zeugenbeweis in unendlich vielen Fällen ganz und gar vereitelt werden könnte, wo er nach der täglichen Praxis als das wichtigſte Beweismittel benutzt wird;

b) daß in der angeführten l. ult. de testibus die executores negotiorum mit den patroni causae, als etwas ihnen Aehnliches, zuſammengeſtellt werden;

c) daß die Baſiliken den Ausdruck durch ἐκβιβάσται τῆς ὑποθεσεως wiedergeben, welches gerade derſelbe techniſche Kunſtausdruck iſt, womit in den griechiſchen Rechtsbüchern die auch in unſerm corpus juris

z. B. § 24 J. de actionibus

l. 12. § 1 de proximis sacrorum scriniorum

vorkommenden executores litium bezeichnet werden.

3) Ferner kann der Dr. . . . auch nicht als ein μεσίτης, mediator, betrachtet werden, den die Nov. 90. c. 8 von der Zeugnißablage dispenſirt, ſo lange nicht beide Theile über deſſen Abhörung einverſtanden ſind. Denn ein ſolcher mediator muß, wie dies auch vom Dr. . . . ſelber in ſeiner eigenen, mit dem gegenwärtigen Prozeſſe zuſammenhängenden Sache gegen den Kläger Lüth ausgeführt worden iſt, beiden Parteien gleich nahe ſtehen, ſei es als Schiedsrichter oder als Unterhändler; wogegen Derjenige, der nur

der einen Partei beigeſtanden und den Unterhändler zwiſchen ihr und ihrem Anwalte gemacht hat, in jener Novelle durchaus nicht gemeint ſein kann.

4) Auch die Beſtimmungen der Frankfurter Reformation Theil I. Titel 33. § 15 können hier nicht für die Ausſchließung des Dr. . . . entſcheiden, weil die darin vorkommenden Worte:

„von wegen — — — heimlichen Raths und Beiſtandes und dergleichen“

ſowohl nach dem ganzen Zuſammenhange, als auch nach der herkömmlichen Interpretation nur von dem Rathgeber des Producenten zu verſtehen ſind. Denn wenn auch Orth

Theil V. Seite 713,

einer auf ſpeciellen Beſtimmungen des lübiſchen Rechts beruhenden abweichenden Meinung von Mevius gedenkt, ſo iſt doch ſeine eigene Anſicht am angeführten Orte, Seite 716, von der des Mevius verſchieden, und noch beſtimmter hat Adlerflycht

Privatrecht Seite 1215,

jene Stelle nur in dem beſchränkteren Sinne genommen.

Es könnte demnach in Ermangelung geſetzlicher Vorſchriften

5) nur noch auf die Frage ankommen, ob das arbitrium judicis, welchem bei der Zulaſſung und Ausſchließung verdächtiger Zeugen allerdings ein erheblicher Einfluß geſtattet werden muß, in dem vorliegenden Falle aus allgemeinen Gründen zu einer Ausſchließung des Dr. . . . veranlaßt werden könne? Hier aber ergibt ſich bei näherer Prüfung der Sache ſofort das entgegengeſetzte Reſultat. Denn an einen Verdacht, daß der Producent durch die Abhörung des Dr. . . . ſeinen Prozeß ungerechterweiſe gewinnen könne, iſt gar nicht zu denken, vielmehr nur daran, daß des Zeugen Ausſagen zu parteiiſch für den Producten ausfallen könnten. Will aber der Producent ſich dieſer Gefahr ausſetzen, und fürchtet er ſie nicht ſo ſehr, als den gänzlichen Verluſt dieſes Zeugen, ſo würde es auch eine durchaus unbillige Härte ſein, ihm einen ſolchen Zeugen zum Voraus als gänzlich unfähig zu entziehen.

2.

M. Rapp Wittwe und **J. C. Fliedner**, Kläger und Widerbeklagte, wider die Inteſtaterben von **Ph. Breckheimer**, Beklagte und Widerkläger, wegen Erbanſprüche, jetzt Reſtitution gegen die Verſäumung der Einführungsfriſt betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. September 1853.

In Erwägung, daß

1) nach § 160 der Ober-Appellationsgerichtsordnung die Verſäumung einer Appellations-Nothfriſt durch die Schuld des Advocaten ein Reſtitutionsgrund iſt, auch

2) nach conſtanter Praxis des Ober-Appellationsgerichts nichts darauf ankommt, ob ein Rechts- oder ein faktiſcher Irrthum die Verſäumung herbeigeführt hat, dieſer Umſtand vielmehr nur bei Ausmeſſung der dem Advocaten nach § 160 am angeführten Orte zuzuerkennenden Strafe von Einfluß iſt; nicht minder

3) die dem Advocaten obliegende Beſcheinigung des von ihm angeführten Reſtitutionsgrundes durch eine ihm deßfalls aufzulegende eidliche Verſicherung und durch deren Faſſung

4) die unbeſcheinigte Angabe der Kläger, nach welcher einige Betheiligte erklärt haben ſollen, daß ſie ſich bei dem Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. April dieſes Jahres beruhigen wollten, erledigt werden; endlich aber

5) der Umſtand, daß durch Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts vom Junius 1846 die Advocaten zu Frankfurt während der Zeit, in welche die von dem Dr. . . . ausgeübte Advocatur fällt, auf die in dem vorliegenden Fall ſtattgehabte unrichtige Berechnung der Einführungs- und Rechtfertigungsfriſt beſonders aufmerkſam gemacht ſind, als erſchwerend, der Umſtand dagegen, daß gedachter Advocat während ſeines Amtes noch nicht in dem Fall geweſen zu ſein behauptet, bei dem Ober-Appellationsgericht aufzutreten, als mildernd in Betracht kommt, während nach

§ 126 am angeführten Orte deſſen überhäufte Geſchäfte nicht einmal einen Grund abgeben würden, um eine Erſtreckung der Rechtfertigungsfriſt nachzuſuchen;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß inſofern der appellantiſche Sachführer Dr. . . . in einem dazu anzuſetzenden Termine, zu welchem auch die Appellaten zu laden ſind, auf ſeinen Amtseid handtreulich verſichern wird:

„daß die Einführungsnothfriſt der gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. April dieſes Jahres eingewandten Appellation allein durch ſeine Schuld verſäumt worden ſei, und den Appellanten dabei nichts zur Laſt falle,"

auf ſolchen Fall, wie hiemit geſchieht, die Appellanten gegen die Verſäumung der gedachten Einführungsfriſt wieder in den vorigen Stand zu ſetzen ſeien, und demzufolge die Appellaten ihre Vernehmlaſſung auf den ihnen bereits mitgetheilten Appellationslibell binnen Friſt von acht Wochen, vom Tage des abgehaltenen Termins an, bei Vermeidung des Ausſchluſſes hieſelbſt einzureichen haben, der genannte Sachführer der Appellanten aber ſchuldig ſei, nicht nur beiden Theilen die Koſten des Reſtitutionsverfahrens aus eigenen Mitteln zu erſtatten, ſondern auch eine Strafe von zehn Reichsthalern Courant an die Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts binnen vier Wochen bei Vermeidung executoriſcher Maßregeln zu erlegen.

Übrigens ſoll das Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt um Veranſtaltung der Abnahme der obgedachten Verſicherung erſucht werden, und dient den Parteien zur Nachricht, daß das Appellationsgericht die in der Sache ergangenen Voracten bereits am 13ten dieſes Monats unaufgefordert anher hat gelangen laſſen.

3.

A. M. N. in Aſchaffenburg, Klägerin und Widerbeklagte, wider **J. V. H.**, Beklagten und Widerkläger, wegen Defloratiousanſpruchs und Gegenforderungen.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 10. December 1852.

Zur Leiſtung einer Caution für die Prozeßkoſten iſt die fremde Klägerin verbunden, jedoch kann ſie nur zu juratoriſcher Caution angehalten werden.

Der Klägerin ſteht das rechtskräftige Erkenntniß des Kreis- und Stadtgerichts zu Bamberg vom 29. Mai 1835 zur Seite, wonach ihr Beklagter Entſchädigung pro defloratione zu leiſten hat, um deren Betragsbeſtimmung es ſich jetzt handelt. Es iſt daher von keiner Erheblichkeit, ob Klägerin durch ihr ſpäteres Betragen dem Beklagten das Recht gegeben, einen Ehevollzug mit ihr abzulehnen.

Das am 2. April 1851 erkannte Eheverbot war Klägerin zu erwirken nach denjenigen Grundſätzen allerdings befugt, welche von dem Ober-Appellationsgericht als maßgebend erachtet werden.

Entſcheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts zum Urtheil vom 25. November 1848 in Sachen D. ca. B. (Souchay Anmerkung II. Seite 1332.)

Daraus, daß am 11. Juni 1841 ein beantragtes Eheverbot gegen den Beklagten nicht erkannt worden, kann eine exceptio rei judicatae gegen das vorerwähnte Eheverbot nicht hergeleitet werden.

Was die Hauptſache betrifft, ſo iſt der Beklagte bereits durch Erkenntniß vom 24. September 1841 verurtheilt geweſen, die Klägerin mit fl. 30 pro defloratione zu entſchädigen, inſofern ſie noch juratoriſche Caution für die Prozeßkoſten leiſten würde. Durch Nichtbefolgung dieſer Auflage von Seite der Klägerin iſt jenes Erkenntniß unwirkſam geworden.

Als neue Gesichtspunkte für die Bestimmung der Größe der Entschädigung finden sich im Wesentlichen angeführt:

1) daß inzwischen der Vater des Beklagten gestorben sei,

2) daß der Beklagte eine reiche Frau geheirathet habe,

3) daß er der Klägerin die Ehe versprochen habe.

Es ist jedoch unbestritten, daß sich die Mutter des Beklagten in der Nutznießung seines väterlichen Erbtheiles befindet, während das Vermögen seiner Ehefrau hier nicht in Betracht kommt. Dagegen würde nach den von dem Stadtgerichte befolgten Grundsätzen die Entschädigung der Klägerin allerdings angemessen zu erhöhen sein, wenn der Beklagte ihr die Ehe versprochen hätte, was dieser jedoch leugnet und daher von der Klägerin bewiesen werden muß.

Was die Gegenforderungen des Beklagten und Widerklägers anbelangt, so ist:

1) als eingeräumt zu betrachten, daß Beklagter der Klägerin fl. 17 zur Zahlung an den Advocaten F. zu B. behändigt, sie aber diese Zahlung nicht geleistet, vielmehr der Beklagte sie anderweitig bewirkt hat;

2) ist Klägerin in ihrer Klagsache vom Jahr 1841, Defloration betreffend, durch Erkenntniß vom 17. Januar 1842 verurtheilt, dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten und sind diese durch Decret vom 28. November 1842 auf fl. 29. 43 kr. bestimmt;

3) ist Klägerin in ihrer Klagsache vom Jahr 1843, Alimente betreffend, durch Erkenntniß vom 30. Juni 1847 verurtheilt, dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten, welche jedoch noch nicht liquidirt und festgestellt sind;

4) ist Klägerin in ihrer vor den bayerischen Gerichten verhandelten Klagsache wegen Alimente durch Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Bamberg vom 8. Februar 1850 verurtheilt, dem Beklagten die Kosten der zweiten Instanz zu vergüten, welche gleichfalls noch nicht festgestellt sind.

Dagegen kann aus dem von der Klägerin erwirkten Eheverbote ein Anspruch auf Entschädigung nicht hergeleitet werden. Ferner gehören die wegen angeblich durch die Klägerin verübter Injurien erhobenen, nicht cessibeln, Satisfactionsansprüche der Ehefrau des

Beklagten, welche in diesem Rechtsstreite nicht Partei ist, schon nicht hierher. Endlich aber erscheinen die dem Beklagten durch die Klägerin angeblich zugefügten Beleidigungen jedenfalls durch die von beklagter Seite gegen sie gebrauchte Schreibart compensirt.

Demnach wird zu Recht erkannt:

I. Klägerin hat — — — der Kosten wegen juratorische Caution zu leisten bei Vermeidung, mit ihrer Klage angebrachter Maaßen abgewiesen und in die Kosten verurtheilt zu werden.

Für den Fall der Leistung dieser Caution stehen

II. folgende Ansprüche fest:

1) der Anspruch der Klägerin pro defloratione mit fl. 30,

2) der Anspruch des Beklagten und Widerklägers

a) wegen Rückerstattung von fl. 17,

b) wegen fl. 29. 43 kr. Prozeßkosten,

c) wegen Erstattung der Prozeßkosten unter 3 und 4 oben.

III. Klägerin hat binnen vierzehntägiger Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun,

„daß Beklagter ihr die Ehe versprochen habe,"

in welchem Falle der ihr zuerkannte Betrag pro defloratione auf fl. 200 erhöhet werden soll.

IV. Beklagter und Widerkläger hat binnen gleicher Frist die Feststellung der Kosten unter 3 und 4 oben zu bewirken und dahier nachzuweisen.

Demnächst soll in der Hauptsache, sowie der Kosten wegen, weitere Verfügung erfolgen.

Erkenntnisse des Appellationsgerichts

vom 13. April 1853.

A. Auf Appellation der Klägerin.

1) Beide streitende Theile haben in ihren Schriftsätzen und deren Beilagen und durch die darin enthaltenen Anzüglichkeiten den Anstand gegenseitig verletzt und durch deren nicht zu rechtfertigende Weitläufigkeit ohne Nutzen die Acten vermehrt. Mit Recht

Digitized by Google

hat daher das Stadtgericht die gegenseitigen Injurien als compensirt erachtet, weßhalb die erste Beschwerde ungegründet ist.

2) Gleiches ist mit der zweiten Beschwerde der Fall, da der zugebilligte Betrag von fl. 30 pro defloratione als hinlänglich erachtet werden muß.

3) Auch die dritte Beschwerde ist verwerflich, da Klägerin die ihr zu einem bestimmten Zweck gegebenen fl. 17 nicht hierzu verwendet, vielmehr auf ihre eigene Forderung abgerechnet zu haben, zugibt.

4) Soviel die vierte Beschwerde anlangt, so steht der Klägerin, als der von dem Beklagten Geschwächten, gegen diesen ein weiterer Anspruch nicht zu, als Ersatz der Kindbettkosten, Entschädigung für Defloration und Alimentenbeitrag für das Kind. Diese Posten, mit Ausnahme der Größe der Entschädigung für Defloration, sind gerichtlich und rechtskräftig erledigt, und können kein Gegenstand weiterer Verhandlungen sein.

5) Die fünfte und sechste Beschwerde finden ihre Widerlegung in dem heute auf die Appellation des Beklagten ergehenden Bescheid.

Diesem nach wird, unter Verwerfung sämmtlicher Beschwerden, der Klägerin der stadtgerichtliche Bescheid vom 10. December vorigen Jahres dahin beschränkt resp. abgeändert:

I. Klägerin hat in einem von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Termin vor der Gerichtscommission der Kosten wegen juratorische Caution zu leisten, bei Vermeidung sonst angebrachtermaßen abgewiesen zu werden.

II. Für den Fall der Leistung dieser Caution stehen folgende Ansprüche fest:

1) Der Anspruch der Klägerin für Defloration mit fl. 30.

2) Der Anspruch des Beklagten

a) wegen Rückerstattung der fl. 17,

b) wegen fl. 29. 43 kr. Prozeßkosten,

c) wegen ferner ihm durch Decret vom 30. Juni 1847 und vom 8. Februar 1850 zugesprochenen, von der Klägerin zu ersetzenden Kosten, vorgängig deren binnen vierzehn Tagen beizubringender rechtlicher Bestimmung,

wonach sodann das weitere rechtliche zu verfügen ist.

III. Mit ihrer weiteren Forderung wird Klägerin abgewiesen.

IV. Die Kosten dieser Instanz werden gegen einander verglichen und

V. Acten und Sache zurückgewiesen.

B. Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung

1) daß die Klägerin ihre frühere Klage nur auf Schwängerung, deßfallsige Entschädigung und Zahlung von Alimenten für das mit Beklagtem erzeugte Kind, gerichtet hat,

2) daß, selbst angenommen, der Beklagte habe sie, unter dem Versprechen der Ehe, zu Fall gebracht, der Klägerin die Wahl blieb, auf Vollzug der Ehe, beziehungsweise auf Dotation, oder auf Entschädigung für Defloration zu klagen, derselben, da sie letztere Klage gewählt hat, das Recht nicht mehr zusteht, auf Dotation zu klagen, indem beide Klagen den nämlichen Zweck einer Entschädigung haben,

> „Entscheidungsgründe zu dem am 10. September 1849 ergangenen Urtheile in Sachen D. ca. A."

und in fernerer Erwägung

3) daß Klägerin selbst eingesteht, sich in der Zwischenzeit anderen Männern hingegeben und abermals ein Kind außerehelich geboren zu haben, somit aber, bei freventlich verletzter Treue gegen ihren angeblichen Verlobten, jedes Recht und jeden Anspruch auf Ehelichung, mithin auch auf deren Surrogat, eine Dotation, verloren hat,

> „wird das stadtgerichtliche Decret vom 10. December 1852 abgeändert und Klägerin mit ihrer auf Dotation gerichteten Klage ab und zur Ruhe verwiesen, und die Rückgabe der von dem Beklagten geleisteten Caution von fl. 2000 verordnet."

Die Kosten dieser Instanz werden gegeneinander verglichen und Sache und Acten zurückgewiesen.

Auf weitere Appellation der Klägerin erkannte das

Ober-Appellationsgericht

unterm 30. September 1853:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst die Erkenntnisse des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 13. April dieses Jahrs zwar im Übrigen zu bestätigen, jedoch in dem in den Acten des Appellationsgerichts ersichtlichen Erkenntnisse der unter Nr. II. 1 festgestellte Anspruch der Klägerin für Defloration von fl. 30 auf fl. 50 zu erhöhen sei; ingleichen der ebendaselbst unter Nr. II. 2ª. dem Beklagten zuerkannte Anspruch wegen Rückerstattung der fl. 17, annoch von einem dem Beklagten, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, binnen einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist, obliegenden Beweise dahin:

> „daß er der Klägerin fl. 17 oder wie viel weniger, mit dem Auftrag, die Deservitenrechnung ihres früheren Anwaltes F. zu B. zu berichtigen, behändigt, und Klägerin diese Summe oder wie viel weniger, an F. nicht abgeliefert habe,"

abhängig zu machen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin hat in ihrer einzigen in der gegenwärtigen Instanz aufgestellten Beschwerde ihre in der vorigen Instanz aufgestellten Beschwerden wiederholt, mit der über die Abänderung des vorigen Urtheils auf Grund der beklagtischen Appellation vermehrt und verlangt

A. mittelst der zweiten, fünften und sechsten Beschwerde voriger, sowie der obenerwähnten Beschwerde gegenwärtiger Instanz

a) die Verurtheilung ihres Gegners in eine Summe von fl. 2000 oder weniger pro defloratione eventuell

b) dieselbe nach vorgängiger Beweisauflage,

1) daß der Beklagte ein elterliches Vermögen von ungefähr fl. 15,000 eigenthümlich habe, oder

2) daß er der C. eine Entschädigungssumme von fl. 2000 oder wie viel weniger bezahlt habe; eventuell

c) die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, welches ihr für den Fall, daß sie ein Eheversprechen des Beklagten nachweise, eine Defloration[s]summe von fl. 200 zugebilligt hat.

Der Beklagte hat nun zwar diese sämmtlichen Ansprüche mit Unrecht durch die Behauptung zu beseitigen versucht, daß der in dem Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Bamberg vom 29. Mai 1835 der Klägerin pro defloratione vorbehaltene Anspruch bereits auf fl. 30 rechtskräftig festgestellt sei. Denn eine derartige Feststellung hat in dem Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Frankfurt vom 24. September 1841 nur bedingterweise Statt gefunden. Die Bedingung aber, daß Klägerin die ihr vorgeschriebene Caution leiste, ist nicht eingetreten und jene demnächst am 17. Januar 1843 mit der erhobenen Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Durch diese Entscheidung ist der unter Nr. 2 ersichtliche Inhalt des Erkenntnisses vom 24. September aufgehoben, dessen Rechtskraft mithin beseitigt worden. Allein dessen ungeachtet konnten die obgedachten Ansprüche der Klägerin nur in einem geringen Maaße für rechtsbegründet erachtet werden. Anlangend nämlich:

zu a) die Natur der gegenwärtig von der Klägerin angestellten Klage, so ist solche von ihr selbst mehrfach als judicati actio aus dem obgedachten Erkenntniß des Stadtgerichts zu Bamberg bezeichnet worden. Geht man hiervon aus, so vermeint zwar die Klägerin, es lasse sich aus solchem, aus dem früheren Erkenntniß vom 15. Juli 1834 und den beiden Urtheilen beigefügten Gründen nicht ersehen, ob in ihrer bei dem bayerischen Gerichte erhobenen Klage auch des Eheversprechens Erwähnung geschehen sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Vielmehr ergibt sich aus gedachten Urtheilen nebst Gründen, daß die Klägerin damals einfach auf Entschädigung für die ihr entzogene jungfräuliche Ehre geklagt habe, eine Auffassung, die auch durch die spätere, bei dem Kreis- und Stadtgericht zu Aschaffenburg von der Klägerin formirten Depositionen unterstützt wird. Hiernach muß es schon

an ſich zweifelhaft erſcheinen, ob die Klägerin jetzt noch befugt ſei, bei Ausmeſſung des für die Defloration ihr zuſtehenden Anſpruchs den Umſtand geltend zu machen, daß ſie durch ein dem Beiſchlaf vorhergegangenes Eheverſprechen zu ſolchem verführt ſei. Jedenfalls aber erſcheint die Geltendmachung dieſes Umſtandes gegenwärtig um deßwillen nicht zu beachten, weil das in der jetzigen Klagſchrift behauptete Eheverſprechen nicht als Moment zu dem Zweck aufgeſtellt iſt, um daraus eine Erhöhung der Entſchädigungsſumme auf Grund eines erhöhten Verſchuldens des Beklagten abzuleiten. Bleibt ſonach nichts Anderes übrig, als eine gewöhnliche Entſchädigungsſumme für Defloration, wie ſolche nach der Praxis unter Berückſichtigung des deutſchrechtlichen Geſichtspunktes einer Buße und des canoniſchen einer Abfindung arbiträr feſtgeſtellt zu werden pflegt, zu fixiren, und ſind hiebei den Gründen zum Erkenntniſſe des Stadtgerichts zu Bamberg vom 15. Juli zufolge die Beſtimmungen des zu Aſchaffenburg geltenden gemeinen Rechtes zur Anwendung zu bringen, ſo wird man, unter Berückſichtigung,

1) daß bei Ausmeſſung jenes Quantums die Standes- und Vermögensverhältniſſe der Klägerin maßgebend ſind, ſolche den Acten zufolge dem niedern Bürgerſtande angehört und gänzlich vermögenslos iſt;

2) daß hiernach die Zubilligung eines Defloratiousquantums von fl. 50 als gerechtfertigt erſcheint, auch die Zuerkennung einer geringeren Summe rechtfertigende, in Aſchaffenburg zur Anwendung kommende, Grundſätze von dem Beklagten nicht behauptet worden ſind; endlich ſogar

3) eine Fixirung der Entſchädigungsſumme auf fl. 50 nach Frankfurtiſcher Praxis gerechtfertigt erſcheinen würde, da der in den vorigen Urtheilen der Klägerin zugebilligte Betrag — — — — nicht als abſolutes Maximum in Fällen der vorliegenden Art ſich herausſtellt;

den Betrag der der Klägerin pro defloratione zuerkannten Summe von fl. 30 auf fl. 50 zu erhöhen haben. Aus vorſtehender Ausführung, inſonderheit dem, was unter Nr. 1 hervorgehoben iſt, ergibt ſich zugleich,

zu b) daß das Vermögen des Stuprators für die Größe der

mittelſt der judicati actio zu fordernden Summe ohne Bedeutung, mithin von einer etwanigen deßfallſigen Beweisauflage nicht die Rede ſein kann, während die von dem Beklagten der C. vergleichsweiſe und zwar nicht bloß für Defloration gezahlte Summe für das jetzt zuzubilligende Quantum ohne Erheblichkeit iſt.

Zu c) Wollte man jedoch annehmen, daß gegenwärtig nicht eine bloße judicati actio aus dem Urtheil des Stadtgerichts zu Bamberg angeſtellt, ſondern daß mit ſolcher eine Klage aus einem Eheverſprechen verbunden worden ſei, oder gar allein vorliege, wofür theils das in der Klagſchrift aufgeſtellte Sachgeſuch, welches auf Vollziehung der Ehe mit der Klägerin oder auf Zahlung einer Entſchädigungsſumme von fl. 2000 gerichtet iſt, theils die Höhe der obengedachten Summe angeführt werden könnten, ſo gelangte man gleichwohl auch auf dieſem Wege zu keinem der Klägerin günſtigeren Ergebniß. Zwar läßt ſich, abgeſehen von einer hier nicht zu prüfenden feſtſtehenden deßfallſigen Praxis, nicht mit dem Appellatiosgericht annehmen, daß durch die Anſtellung einer Entſchädigungsklage wegen Entziehung der jungfräulichen Ehre für deren Begründung ein Eheverſprechen nicht erforderlich iſt, eine Klage aus dieſem Letzteren,

vergl. Verordnung vom 15. September 1733, Nr. 2 bei Beyerbach Seite 560,

bei welcher die eventuelle Abfindungsſumme auch nach dem Stand und den Vermögensverhältniſſen des Schwängerers feſtgeſetzt wird, ausgeſchloſſen ſei. Jedenfalls aber muß mit dem Appellationsgericht angenommen werden, daß dieſe letztere Klage dadurch beſeitigt wird, daß die Geſchwächte vor der von dem Schwängerer erklärten Wahl, die verſprochene Ehe nicht vollziehen zu wollen, ſich einem Andern von Neuem hingegeben hat. Dieſer Fall liegt hier vor, da die Klägerin noch in ihrer gegenwärtigen Klagſchrift behauptet, daß der Beklagte bis dahin noch nicht gewählt habe, da ſie geſtändigermaßen im Jahr 1837 abermals in Folge eines mit einem Andern gepflogenen Beiſchlafs geboren und nicht zu behaupten vermocht hat, daß das Eheverſprechen des Beklagten erſt nach ihrer zweiten Niederkunft gegeben oder wiederholt ſei. Der aus der zweiten Niederkunft der Klägerin entgegengeſetzte

Einwand, welcher für den mittelſt der judicati actio verfolgten Anſpruch ohne Bedeutung ſein würde, kann durch einen, dem Beklagten vorgeworfenen gleichen Lebenswandel nicht beſeitigt werden und jedenfalls läßt ſich das Verhältniß des Beklagten zur C. nicht benutzen, um die rechtlichen Folgen des zwei Jahre zuvor Statt gehabten Treubruchs der Klägerin aufzuheben. Wohl aber würde der Einwand alsdann als beſeitigt erſcheinen, wenn ſich nachweiſen ließe, daß die zweite Schwächung der Klägerin durch den Beklagten vermittelt ſei. In dieſer Beziehung aber iſt der replicariſche Vortrag der Klägerin nicht ausreichend begründet, da ſie nicht zu behaupten vermocht hat, daß ihr angeblicher Schwängerer W. von dem Beklagten angeſtiftet ſei, die Klägerin abermals zu verführen.

Aus allem Dieſen ergibt ſich, daß das angebliche Verſprechen des Beklagten, mit der Klägerin die Ehe vollziehen zu wollen, zu dem Ende um eine Erhöhung der der Klägerin pro defloratione vel dotatione zuzuerkennenden Entſchädigungsſumme davon abhängig zu machen, zum Beweiſe nicht verſtellt werden durfte. Anlangend ſodann

B. die Beſchwerde der Klägerin darüber, daß auf Grund der von dem Beklagten in zweiter Inſtanz aufgeſtellten zweiten Beſchwerde in dem Appellationsgerichtsurtheil die Rückgabe der von dem Beklagten geleiſteten Caution verordnet ſei, ſo würde, im Beihalt der Ausführungen unter A, ſowie unter Berückſichtigung der aus dem (auf Appellation der Klägerin ergangenen) Appellationsgerichtserkenntniß unter Nr. II. 2 b und c erſichtlichen, die Summe von fl. 50, nach Feſtſetzung der Forderungen unter c mehr als erreichenden Gegenanſprüche des Beklagten, von einer Verpflichtung deſſelben, die von ihm geleiſtete Caution fortbeſtehen zu laſſen, ſchon an ſich nicht die Rede ſein können, und jedenfalls erſcheint dieſe Beſchwerde um deßwillen unbegründet, weil die von dem Stadtgerichte dem Beklagten unterm 4. April 1851 auferlegte und von dieſem mit fl. 2100 geleiſtete Caution von dem Appellationsgericht — — nur zum Betrage von fl. 2000 aufgehoben worden iſt. Dagegen war

C. die dritte Beſchwerde der Klägerin in voriger Inſtanz,

welche dieſelbe in der gegenwärtigen wiederholt hat, darüber, daß der Anſpruch des Beklagten wegen Rückgabe von fl. 17 als liquid erkannt ſei, für begründet anzuſehen. Der Beklagte hatte behauptet, er habe der Klägerin zur Bezahlung ihres früheren Anwalts F. zu B. fl. 17 behändigt, welche Klägerin unterſchlagen habe, und weßwegen Beklagter nochmals fl. 17 hergegeben, um ihren Anwalt zu bezahlen. Als nun die Klägerin hierauf erwiederte, es ſei nicht wahr, daß ſie fl. 17 unterſchlagen und Gegner ſolche nochmals bezahlt habe, was von dieſem, wenn überhaupt, freiwillig geſchehen ſei, leitete der Beklagte aus dieſer angeblich mangelhaften Beantwortung das Zugeſtändniß der Klägerin ab,

a) daß ſie zur Bezahlung des F. fl. 17 von dem Beklagten erhalten, ohne behaupten zu können, dieſe Zahlung gemacht zu haben, und

b) daß Beklagter deßhalb die fl. 17 nochmals hergegeben habe; worauf die Klägerin in ihrer Schlußſchrift die gegneriſche Erklärung in Betreff der angeblichen Zahlung von fl. 17 als unwahr bezeichnet hat.

Aus dieſer Darſtellung der Parteivorträge ergibt ſich, daß, wenn die Klägerin ſich dadurch, daß ſie in ihrer Gegenerklärung die Unterſchlagung ableugnete, über den Empfang der fl. 17 mit dem Auftrag, ſie dem Anwalt zu zahlen, nicht mit völliger Beſtimmtheit ausgeſprochen hat, jedenfalls dieſer Umſtand in der Schlußſchrift deutlich in Abrede geſtellt iſt; nicht minder aber, daß die Behauptung des Beklagten, nochmals fl. 17 an F. bezahlt zu haben, von der Klägerin keineswegs eingeſtanden iſt. Es konnte daher die Klägerin dieſes Poſtens für geſtändig nicht angeſehen werden, ſondern war dem Beklagten deßhalb, wie im Urtheil geſchehen, Beweis aufzuerlegen. Endlich mußte

D. die erſte Beſchwerde der Klägerin in voriger Inſtanz darüber, daß nicht ihr Gegner wegen ſeiner injuriöſen Schreibart gebührend beſtraft, deſſen Schrift zur Säuberung zurückgegeben, und der Klägerin die Geltendmachung ihrer Privat-Satisfactions-Anſprüche vorbehalten, unter Verurtheilung des Beklagten zum Koſtenerſatz, welche die Klägerin in der gegenwärtigen Inſtanz wiederholt und gerechtfertigt hat, als gänzlich frivol verworfen

worden, da, wie bereits von dem Appellationsgerichte bemerkt worden ist, beide Parteien in der ersten Instanz sich gegenseitig gröblich beschimpft haben und nicht berechtigt sind, in dieser Beziehung einander etwas vorzuwerfen; von einer an beide Anwälte wegen Verletzung des Anstandes noch gegenwärtig zu erlassenden Officialahndung aber um deßwillen allhier zu abstrahiren war, weil dieselbe dem Stadtgericht obgelegen haben würde.

E. Über die Kosten erster Instanz kann erst erkannt werden, wenn die auferlegten Beweise, beziehungsweise Bescheinigungen, erledigt sind, und stellt sich daher die siebente Beschwerde der Klägerin in voriger Instanz, welche in der gegenwärtigen wiederholt ist, als verwerflich dar. Die durchgängige Vergleichung der Kosten voriger Instanz aber, über welche sich die Klägerin in der gegenwärtigen beschwert, ist rechtsbeständig, und die Kosten gegenwärtiger Instanz waren nicht minder zu vergleichen, da die Beschwerden der Klägerin zum Theil für begründet erachtet werden mußten.

4.

Joh. Heinr. Greiß, Kläger, wider Dr. **C. Rumpf**, als Curator des dem **Carl Ernſt Gottfried Höffler**'ſchen Nachlaſſe aus dem für den verſchollenen **Ludwig Carl Siegler** verwalteten Vermögen anwachſenden Antheils, Beklagten, und die Vormünder des **F. G. Höffler**, Intervenienten, wegen Herausgabe von fl. 440 nebſt Zinſen.

Vorbemerkung.

Zwiſchen dem in der Rubrik genannten Carl Ernſt Gottfried Höffler jun. und dem Kläger war unterm 11. März 1843 zu Gunſten des Letzteren nachfolgende Schuld- und Ceſſionsurkunde errichtet worden:

„Ich, der Endesunterzeichnete, der Bürger und Handelsmann Carl Ernſt Gottfried Höffler, bekenne und erkläre hiermit, wie folgt:

An meinen Schwager, den hieſigen Bürger und Handelsmann, Herrn Johann Heinrich Greiß, ſchulde ich für zwei von demſelben für mich eingelöſte Wechſel den Betrag von Vierhundert und vierzig Gulden des fl. 24 Fußes. Zur Zurückzahlung dieſes Betrages cedire ich meinem Schwager Johann Heinrich Greiß den dereinſt auf mich erblich anfallenden Antheil des Nachlaſſes meines verſchollenen, demnächſt das ſiebenzigſte Lebensjahr erreicht habenden Oheims, Herrn Ludwig Siegler, mit allen mir zukommenden Rechten in der Art, daß meinem genannten Schwager J. H. Greiß das Eigenthum an erwähntem Erbtheil zuſtehen ſoll.

Die ſchuldigen fl. 440 verſpreche ich mit fünf Procent jährlich bis zu dem Tage zu verintereſſiren, an welchem der mir zufallende Erbantheil meinem Schwager Greiß ausgeliefert wird. Sollte der Erbantheil den Betrag von fl. 440 und der bis dahin verfallenen Zinſen überſteigen, ſo iſt Herr Johann Heinrich Greiß verbunden, den Überreſt an mich herauszuzahlen. Im

Falle, daß der erwähnte Erbantheil aus irgend einem Grund an Herrn Greiß nicht ausgeliefert werden könnte, bleibe ich Schuldner obiger fl. 440 nebst ſtipulirten Zinſen.

Frankfurt am Main, den 11. März 1843.

(gez.) Carl Ernſt Gottfried Höffler.

(gez.) Johann Heinrich Greiß.

Der vermeintliche Nachlaß des verſchollenen Siegler, wovon Höffler den ihm anfallenden Antheil dem Kläger durch vorſtehende Urkunde cedirt hatte, befand ſich zur Zeit der Ceſſion noch unter Verwaltung der für den gedachten Siegler beſtellten Curatoren.

Als nun der Cedent Höffler vor der Todeserklärung ſeines Oheims am 23. Mai 1843 verſtarb und über deſſen Nachlaß am 16. Auguſt deſſelben Jahres der Concurs erkannt wurde, glaubte der jetzige Kläger, daß er aus dem für Siegler verwalteten Vermögen, da Höffler deſſen Erbe nicht geworden ſei, keine Befriedigung finden könne, und meldete ſeine Forderung an den verſtorbenen Höffler in dem Concurſe an. In dem am 20. December 1844 ergangenen Rangurtheil wurde die gedachte Forderung auch für liquid erkannt, der Kläger aber in letzter Claſſe auf die Unzulänglichkeit der Maſſe verwieſen.

Am 5. December 1845 würde der verſchollene Siegler ſein ſiebzigſtes Lebensjahr zurückgelegt haben, und wurde derſelbe demzufolge unterm 8. Juli 1846 für todt und ohne Leibeserben verſtorben erklärt.

Bei der nunmehr eingetretenen Vertheilung des für den verſchollenen Carl Ludwig Siegler bisher verwalteten Vermögens wurden vier verſchiedene Beſtandtheile deſſelben geſchieden:

I. Der eigentliche Nachlaß Siegler's, welcher nur in geringfügigen Pathengeſchenken beſtand.

In dieſen Nachlaß wurden die Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder des Erblaſſers immittirt, nämlich:

1) ein Bruder, Johann Caſpar Siegler,
2) eine Schweſter, verehelichten Thomann,
3) fünf Geſchwiſterkinder von Seiten einer Schweſter, verehelichten Höffler.

Ausgeſchloſſen blieben die Nachkommen dreier verſtorbenen

Kinder ebenderſelben Höffler, darunter auch die Kinder des verſtorbenen Carl Ernſt Gottfried Höffler jun.

II. Ein, dem verſchollenen Siegler von ſeiner Tante, einer verehelichten Knipp, im Jahr 1816 hinterlaſſenes Legat.

Dieſes Legat war von dem Legatar niemals erworben und fiel daher an die Knipp'ſchen Univerſallegatarien, als welche die acht Höffler'ſchen Kinder eingeſetzt waren, resp. deren Rechtsnachfolger, zurück.

III. Der Erbantheil des Verſchollenen zu einem Fünftel an dem Vermögen ſeines 1828 verſtorbenen Bruders J. J. Chriſtian Siegler.

Dieſer Erbtheil fiel vermöge Anwachſungsrechts an die Inteſtaterben des Chriſtian Siegler, resp. deren Nachfolger, jedem Stamme zu einem Viertel, nämlich:

1) den Johann Caſpar Siegler,
2) die verehelichte Thomann,
3) die acht Höffler'ſchen Kinder,
4) den Johann Georg Haag, einen Enkel einer verſtorbenen Schweſter des Erblaſſers, verehelicht geweſenen Kieſel.

IV. Ein Sechstheil der Hinterlaſſenſchaft der 1803 und 1808 verſtorbenen Eltern des Verſchollenen, der Philipp Jacob Siegler'ſchen Eheleute.

Auch dieſer Erbtheil accreſcirte den Inteſtaterben der Siegler'ſchen Eheleute, resp. deren Nachfolgern, und zwar, nach inzwiſchen eingetretenem Tode des Chriſtian Siegler, dem unter III. genannten Nachkommen der Siegler'ſchen Eheleute, nämlich jedem Stamme zu einem Fünftel kraft eigenen Erbrechts und zu einem Zwanzigſtel als Nachfolger des Chriſtian Siegler.

Für den nach dieſer Vertheilung dem Nachlaſſe, beziehungsweiſe den Rechtsnachfolgern des Carl Ernſt Gottfried Höffler jun. anwachſenden Vermögensantheil wurde bis zu beſchaffter Legitimation der dazu Berechtigten Herr Dr. Rumpf als Curator beſtellt. Gegen dieſen Curator richtete nunmehr der Kläger eine neue Klage zur Verfolgung der ihm von Höffler an Zahlungsſtatt überwieſenen Rechte auf das früher für den verſchollenen Siegler verwaltete Vermögen. In dieſem Prozeſſe

traten gleichzeitig die Vormünder des von Carl Ernst Gottfried Höffler hinterlassenen Sohnes zweiter Ehe auf und machten für ihren Mündel, da derselbe in dem Concurse seines Vaters für seine privilegirte Forderung wegen eingebrachten mütterlichen Vermögens nicht vollständig befriedigt worden sei, dem Kläger gegenüber ein Vorzugsrecht an dem verwalteten Vermögensantheil geltend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 22. December 1852.

In Erwägung, daß

1) Kläger auf den Grund der Urkunde vom 11. März 1843 aus dem, von dem beklagten Curator verwalteten Vermögen von fl. 779. 18 kr. die Summe von fl. 440 nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 11. März 1843 in Anspruch nimmt, indem er die Intervenienten nur als zum Bezug des Restes berechtigt anerkennt, wogegen diese im Einverständniß mit dem Beklagten beantragen, daß Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen und ihnen das gedachte Vermögen verabfolgt werde,

2) dieses Vermögen nach den Acten Ludwig Carl Siegler absent. betr. de 1838 und den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien, aus den verschiedenenen Beträgen gebildet ist, welche den Erbtheilen des verstorbenen Carl Ernst Gottfried Höffler aus den Verlassenschaften seiner Großeltern, der Philipp Jacob Siegler'schen Eheleute, des Joh. Jost Christian Siegler und der Wittwe Susanna Maria Knipp, gebornen Spener, accrescirt sind, und in dem für den nunmehr todt erklärten Ludwig Carl Siegler verwalteten Vermögen einbegriffen gewesen waren, daß aber

3) der vorgedachte verstorbene Höffler lediglich den ihm dereinst aus dem Nachlaß seines verschollenen Oheims Ludwig (Carl) Siegler zufallenden Erbtheil in der gedachten Urkunde dem Kläger cedirt, auch letzterer dies späterhin durch den Inhalt

seiner gegen die Höffler'sche Debitmasse eingereichten Liquidationsanzeige anerkannt hat, somit das Cessionsobject nicht mit der klägerischen Forderung identisch ist und daß hiernach

4) selbst, abgesehen von der Rechtsfrage: ob dem Kläger der zukünftige Erbtheil des Cedenten gültig habe übertragen werden können, der Anspruch des Klägers sich als unbegründet herausstellt,

wird zu Recht erkannt,

I. Kläger wird mit seiner Klage ab und zur Ruhe gewiesen, und zum Ersatz der dem Beklagten und den Intervenienten verursachten Kosten verurtheilt.

II. Der beklagte Curator wird ermächtigt, das von ihm verwaltete Vermögen abzüglich der Verwaltungskosten den Intervenienten auszuliefern.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. Februar 1853.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung

1) daß sich die gänzliche Abweisung der auf Grund der Urkunde vom 11. März 1843 angestellt gewesenen Klage aus den in dem vorigen Erkenntnisse enthaltenen Entscheidungsgründen ausreichend rechtfertigt, indem dem verstorbenen Höffler in der That ein Antheil an dem nachgelassenen Vermögen seines verschollenen Oheims Siegler niemals erblich zugefallen ist, wie dieses der Kläger denn selbst seiner Zeit ausdrücklich anerkannt hat, daß jedoch

2) die Richtigkeit der behaupteten Forderung des Klägers an den verstorbenen Höffler im Betrage von fl. 440 sammt Zinsen vom 11. März 1843 an und für sich in den vorderen Verhandlungen nirgends bestritten worden ist, mithin

3) die Geltendmachung derselben gegen den minderjährigen Höffler'schen Sohn aus einem anderen Fundamente, vorausgesetzt, daß und in so weit Letzterer als Successor in den fraglichen Vermögenstheil seines Vaters dem Kläger für dessen Forderung überhaupt aufzukommen, resp. demselben nachzustehen hätte, durch

die Entſcheidung des gegenwärtigen Rechtsſtreits nicht ausgeſchloſſen ſein kann,

wird, unter Vergleichung der Koſten gegenwärtiger Inſtanz, das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 22. December vorigen Jahres mit vorſtehender Erläuterung beſtätigt und die Rückſendung der vorderen Acten verordnet.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. October 1853.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. Februar 1853 und des Stadtgerichts vom 22. December 1852 wieder aufzuheben und Kläger, unter Verwerfung aller von dem Beklagten und den Intervenienten vorgeſchützten Einreden, binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Friſt, Gegenbeweis vorbehältlich, zum Beweiſe ſeines Klaggrundes, und zwar dahin:

> „daß Carl Ernſt Gottfried Höffler ihm vor oder an dem 11. März 1843 ſeinen Antheil an demjenigen Vermögen und deſſen Vermehrungen, welches damals von den für den verſchollenen Ludwig Carl Siegler beſtellten Curatoren verwaltet wurde, für eine Forderung von fl. 440 ſammt Zinſen bis zum Belaufe dieſes Betrags an Zahlungsſtatt überwieſen habe,“

zuzulaſſen ſei; zur Führung, welches Beweiſes ſich der Urkunde vom 11. März 1843, ſowie des ſonſtigen Inhalts der Haupt- und Beiacten mit zu bedienen, dem Kläger unbenommen bleibt; und iſt demnächſt ſowohl in der Hauptſache als der Koſten erſter Inſtanz halber weiter zu erkennen was Rechtens.

Die Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz ſind gegeneinander zu vergleichen und aufzuheben, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die in beiden vorderen Inſtanzen übereinſtimmend, obwohl Seitens des Appellationsgerichts mit einem erläuternden Vorbehalt erkannte Abweiſung der Klage iſt ausweislich der Entſcheidungsgründe

I. in Folge der vom Beklagten wie von den Intervenienten erhobenen zweiten Einrede und nur deßhalb erfolgt, weil das von dem beklagten Curator, Dr. Rumpf, verwaltete Vermögen, aus welchem Kläger auf Grund der vom verſtorbenen Carl Ernſt Gottfried Höffler junior ausgeſtellten Ceſſionsurkunde vom 11. März 1843 die Summe von fl. 440 nebſt Zinſen von da ab in Anſpruch nehme, ſowohl nach den Acten als nach den übereinſtimmenden Erklärungen der Parteien nicht aus der Verlaſſenſchaft des im Jahre 1846 für todt und ohne Leibeserben verſtorben erklärten Ludwig Carl Siegler herrühre, ſondern aus verſchiedenen Beträgen gebildet ſei, welche den Erbtheilen des verſtorbenen Carl Ernſt Gottfried Höffler (resp. denen ſeiner Mutter Anna Catharina, geborenen Siegler) aus den Verlaſſenſchaften ſeiner mütterlichen Großeltern, der Philipp Jacob Siegler'ſchen Eheleute (geſtorben im Jahr 1803 und 1808) ſeines Oheims Johann Joſt Chriſtian Siegler (geſtorben im Jahr 1828) und der Wittwe Suſanna Maria Knipp, geborenen Spener, einer Schweſter ſeiner mütterlichen Großmutter (geſtorben im Jahr 1816) accreſcirt, und nur vorſorglich für den zur Zeit des Anfalls dieſer Verlaſſenſchaften zwar ſchon längſt verſchollenen, aber noch nicht für todt erklärten Ludwig Carl Siegler zurückgeſetzt und einer Curatelverwaltung zugewieſen worden wären, nun aber Carl Ernſt Gottfried Höffler dem Kläger in obgedachter Acte vom 11. März lediglich den „dereinſt auf ihn erblich anfallenden Antheil an dem Nachlaſſe" ſeines Oheims Siegler cedirt habe, ſomit das Ceſſionsobject nicht mit der klägeriſchen Forderung identiſch ſei.

Über dieſe Entſcheidung hat Kläger mittelſt ſeines in jetziger Inſtanz wiederholten Principalgravamens dahin Beſchwerde geführt, daß nicht ſeine Klage für begründet erachtet und ihm nicht unter

Verwerfung ſämmtlicher Einreden über den Klaggrund Beweis nachgelaſſen worden ſei, welchen er im jetzigen Libelle mit geringen Abweichungen von der in voriger Inſtanz vorgeſchlagenen Faſſung dahin formulirt verlangt:

„daß Carl Ernſt Gottfried Höffler jun. ihm vor oder an dem 11. März 1843 ſeinen Antheil an demjenigen Vermögen und deſſen Vermehrungen, welches damals von den für den verſchollenen Ludwig Carl Siegler beſtellten Curatoren verwaltet wurde, für eine Forderung von fl. 440 ſammt Zinſen zum Belaufe dieſes Betrags an Zahlungsſtatt überwieſen habe;“

und zu Führung welches Beweiſes ſich auch der obgedachten Ceſſionsacte bedienen zu dürfen ihm vorbehalten bleiben müſſe.

Nun ergibt ſich zwar

A. aus den Acten gegenwärtiger Streitſache in Verbindung mit den nachträglich durch Decret vom 21. Juli dieſes Jahrs eingeforderten Acten über die im Jahr 1809 für Ludwig Carl Siegler angeordnete Curatel und über die Todeserklärung deſſelben mit voller Evidenz

1) dies, daß der am 23. Mai 1843 verſtorbene Carl Ernſt Gottfried Höffler jun. Erbe ſeines erſt am 6. Juli 1846 für todt erklärten Oheims Ludwig Carl Siegler weder geworden iſt, noch werden konnte, daß vielmehr der übrigens ſehr geringfügige eigentliche Nachlaß des Letzteren im Geſammtbetrage von nur fl. 31. 57 kr., resp. fl. 30. 46 kr., lediglich den am 5. December 1845, wo der Verſchollene das ſiebzigſte Lebensalter vollendet hätte, noch am Leben befindlichen Geſchwiſtern und Geſchwiſterkindern erſten Grades zugefallen iſt.

Ebenſo iſt

2) völlig klar, daß derjenige Betrag von fl. 822. 24 kr., welchen der unterm 7. Juli 1848 zum Curator des Carl Ernſt Gottfried Höffler'ſchen Nachlaſſes rückſichtlich des demſelben anwachſenden Vermögenstheils beſtellte beklagte Dr. Rumpf aus der Ludwig Carl Siegler'ſchen Curatelmaſſe am 10. September 1852 für „die Rechtsnachfolger“ des Carl Ernſt Gottfried Höffler ausgezahlt erhielt und gleichſam als Sequeſter bis zur

Erledigung der zwiſchen dem Kläger und dem Mündel des jetzigen Intervenienten ſchon damals beſtehenden Prioritätsdifferenz aufbewahren, wie verwalten ſollte, und aus welchem Kläger im gegenwärtigen Prozeß für Capital und Zinſen ſeiner Forderung von fl. 440 befriedigt zu werden auf Grund obiger Ceſſionsacte verlangt, nicht aus dem Vermögen des Ludwig Carl Siegler herrührt, ſondern einestheils

a) zum Belaufe von fl. 488. 51¾ kr. aus einem Legate von urſprünglich fl. 1133. 20 kr., zuletzt in Folge der Vermehrungen fl. 3910. 54 kr., welches von der oberwähnten Wittwe Knipp in ihrem Teſtamente dem Ludwig Carl Siegler oder deſſen Erben zugedacht geweſen, auch deſſen Curatoren überwieſen worden war, nach deſſen erfolgter Todeserklärung aber von den acht Geſchwiſtern Höffler, resp. deren Kindern und Erben, den Univerſallegatarien gedachter Wittwe Knipp, als erloſchen und an die Erbſchaft zurückgefallen in Anſpruch genommen und dieſen durch das allhier ergangene Erkenntniß vom 14. Januar 1851 zu ausſchließlichem Anrechte rechtskräftig zuerkannt, auch hiernach in dem Theilungsreceſſe vom Auguſt 1852 repartirt wurde; anderentheils

b) zum Betrage von zuſammen fl. 331. 31 kr.

α) aus dem Nachlaſſe der Höffler'ſchen Großeltern, der Philipp Jacob Siegler'ſchen Eheleute, woraus im Jahr 1808 Ein Sechstel mit fl. 2024. 47 kr. für den damals ſchon lange verſchollenen Sohn Ludwig Carl ausgeſchieden und den ihm, in Folge teſtamentariſcher Anordnung der Mutter, beſtellten Curatoren überwieſen worden war;

β) aus der Erbſchaft des Höffler'ſchen Oheims Joh. Joſt Chriſtian, bei deſſen im Jahr 1828 erfolgtem Tod in gleicher Weiſe Ein Fünftel mit fl. 671. 36 kr. für den Verſchollenen als Bruder und Inteſtaterben abgeſetzt und der Curatel zugewieſen ward, hinſichtlich welcher sub α und β gedachten, bei Vertheilung der Curatelmaſſe auf fl. 10,672. 53 kr. angewachſenen Vermögenstheile ſchon bei dem erſten, bloß Entwurf gebliebenen Theilungsreceſſe vom Auguſt 1847 Einverſtändniß unter den Intereſſenten darüber vorhanden war, daß ſie als accreſcirter, bloß proviſoriſch für den Verſchollenen in Beſitz genommener Nebentheil den

urſprünglichen Erben der Phil. Jac. Siegler'ſchen Eheleute und des Joh. Joſt Chriſt. Siegler und deren an ihre Stelle eingetretenen Nachkommen gebührten, ſonach dem Höffler'ſchen Stamme im Ganzen zu einem Viertel und jeder der acht dazu gehörigen Linien, ſonach auch den Rechtsnachfolgern des C. E. G. Höffler jun. zu einem Zwei und dreißigſtel angewachſen wären. Sonach iſt denn allerdings

3) in den vorderen Inſtanzen nicht bloß mit gutem Grunde davon ausgegangen worden, es ſeien die vom Kläger in Anſpruch genommenen Gelder als zum Nachlaſſe des Ludwig Carl Siegler gehörig und als von dieſem pro rata dem klägeriſchen Cedenten Höffler zum Erbtheil angefallen nicht zu erachten, ſondern es kann auch darüber, daß der Gegenſtand des jetzigen Rechtsſtreites nur ein dem Höffler, resp. deſſen verſtorbenen Mutter, bereits lange vor der Todeserklärung Siegler's zu vollem Eigenthume zugefallenes, wenn auch ſeiner Nutzung vorläufig entzogen gebliebenes und im Jahr 1846 nur als Accreſcenz ſeiner unmittel- und mittelbaren Erbrechte an dem Nachlaſſe der Großeltern ꝛc. zu unbehinderter Geltendmachung gekommenes Vermögen bilde, gar nicht weiter zu irgend welcher Conteſtation unter den jetzt ſtreitenden Parteien kommen. Denn einerſeits haben an den Verhandlungen über Natur und Heimfall des in dem Siegler'ſchen Curatelvermögen enthalten geweſenen Knipp'ſchen Legats Kläger und Intervenienten, obſchon jener nur als Beiſtand ſeiner Frau, erſt gemeinſchaftlich und in eigener Perſon, dann durch den eben wegen Colliſſion ihres perſönlichen Intereſſes zu Wahrnehmung der Rechte des C. E. G. Höffler'ſchen Nachlaſſes beſtellten Curator Dr. Rumpf, den jetzigen Beklagten, Theil genommen, und müſſen dieſelben mithin die Rechtskraft des oberwähnten Urtheils vom Jahr 1851, wodurch gedachtes Legat für den verſchollenen Siegler niemals erworben und an den Höffler'ſchen Stamm zurückgefallen erklärt wurde, unbedingt gegen ſich gelten laſſen. Andererſeits iſt in Betreff der aus den Philipp Jacob und Joh. Joſt Chriſt. Siegler'ſchen Nachläſſen herrührenden Beſtandtheile des Curatelvermögens durch Mitunterſchrift der Theilungsreceſſe, wie durch ausdrückliche Erklärung

Seitens aller jetzigen Parteien, auch des beklagten Curators, völliges Einverſtändniß mit gedachter Auffaſſung des Sachverhalts und der ſich daraus ergebenden rechtlichen Beurtheilung erklärt worden.

Allein wie richtig auch hiernach die Baſis iſt, auf welcher in ſo weit die Argumentation der früheren Urtheile beruht, ſo würde es doch

B. ſelbſt in dem Falle, wenn Kläger ſeinen jetzt verfolgten Anſpruch unmittelbar und ausſchließlich auf die mehrerwähnte Urkunde vom 11. März 1843 geſtützt hätte, nicht unbedenklich erſcheinen dürfen, denſelben ohne Weiteres, unter Verſagung jeder Beweisführung, wie geſchehen, bloß um deßhalb zurückzuweiſen, weil als Gegenſtand der Ceſſion nur der Höffler'ſche Erbantheil am Siegler'ſchen Nachlaſſe bezeichnet ſei. Denn theils waren doch

1) die Erbſchaften der Eltern, resp. des Bruders pro rata dem Ludwig Carl Siegler angefallen, auch bis zu ſeiner Todeserklärung die damit ſeinen Miterben, resp. deren Erben accreſcirenden Vermögensantheile noch nicht in die Hände der Letzteren übergegangen, und inſofern, wenn auch in Wahrheit niemals Vermögen und Nachlaß des Verſchollenen, ſondern bloß für ihn eventuell dazu beſtimmt und aſſervirt, doch einem Nachlaſſe deſſelben dergeſtalt vergleichbar, daß es nicht befremden könnte, wenn Kläger, wie C. E. G. Höffler und ſelbſt der mit Conception jener Urkunde beauftragte Notar den kraft Accreſcenz zu gewärtigenden partiellen Anfall der Siegler'ſchen Curatelmaſſe als eine in ſicherer Ausſicht ſtehende Erbfolge betrachtet und deßhalb die in der Urkunde vorkommende, in den bisherigen Entſcheidungen für den Kläger präjudiciell erklärte Ausdrucksweiſe beliebt und unter Anſchluß an einen, im gemeinen Leben nicht ungewöhnlichen Sprachgebrauch hier eine Erbfolge in den Siegler'ſchen Nachlaß angenommen hätten. Außerdem ergeben

2) die Voracten zur vollſten Genüge, wie bis in das Jahr 1846 die Siegler'ſche Curatelmaſſe allſeitig von Seiten der Behörden wie der Curatoren und der Familie, lediglich für ein Vermögen des Verſchollenen erachtet worden iſt, worin mit deſſen Todes-

erklärung ſeine dermaligen nächſten Blutsfreunde der Seitenlinien zu ſuccediren hätten. Wie nämlich

a) der im Jahr 1838 zu Gunſten des Johann Caſpar Siegler, eines Bruders des Verſchollenen, geſtellte Antrag, demſelben gegen Sicherheit eine Rente von fl. 100 aus den Revenüen der Curatelmaſſe als Beihülfe zu gewähren, unter Beitritt der Curatoren, abgeſehen vom Höffler'ſchen Stamme, nur von Frau Thomann, einer Schweſter des Verſchollenen, nicht aber Seitens des Knieſel'ſchen Stammes, in welchem damals nur Enkel einer Schweſter am Leben waren, und ebenſo nur von den Höffler'ſchen Kindern erſten Grades unter Ausſchluß der in der Philipp Jacob Höffler'ſchen und der Carl'ſchen Linie vorhandenen Geſchwiſterenkel geſtellt, auch ausdrücklich damit motivirt ward, daß das Curatelvermögen doch „in nicht langer Zeit an die Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder des abweſenden Siegler erbweiſe übergehen" würde, die Antragſteller aber als „deſſen dereinſtige Erben" und „zunächſt bei deſſen Nachlaſſe betheiligten" Perſonen mit jener Verwendung einverſtanden wären, und wie demnächſt bei den deßfallſigen Verhandlungen nur obgedachte als des Verſchollenen „Präſumtiverben" bezeichnete Perſonen von Curatelamts wegen zugezogen worden ſind, ſo ward auch

b) im Jahre 1840 von dem Curator Knieſel, einem Schwager des Verſchollenen, bei ſeinem Rücktritt von der Curatel, deren Übertragung an geeignete Perſonen „unter den Präſumtiverben des Verſchollenen" anheimgegeben, und in Folge deſſen vom Curatelamte die Verwaltung zweien Mitgliedern des Höffler'ſchen Stammes, nämlich dem erſt im Jahre 1852 abgetretenen Johann Chriſtian Höffler, einem Neffen des Verſchollenen, und dem mit einer Nichte deſſelben verheiratheten, im Jahr 1845 durch Joſeph Diehl erſetzten Carl Wilhelm Beyer übertragen.

Von dieſen Curatoren Höffler und Beyer ward ferner

c) bei Einreichung der drei und zwanzigſten (letzten) Curatelrechnung für das Jahr 1845, unter Hinweis darauf, daß der Verſchollene am 5. December ſein ſiebzigſtes Lebensjahr zurückgelegt habe, dem Curatelamt erklärt und von Letzterem gutgeheißen,

ſie würden bei dem Stadtgerichte förderſamſt den Antrag ſtellen, die Todeserklärung des Curanden zu veranlaſſen und in den (von ihnen verwalteten) „Nachlaß“ deſſelben demnächſt ſeine „Inteſtaterben“ einzuweiſen, als welche wieder nur deſſen damals noch lebende Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder erſten Grades, namentlich nicht die Kinder des der Zeit ſchon verſtorbenen C. E. G. Höffler aufgeführt werden.

Ganz dem entſprechend iſt denn auch

d) der Antrag auf Todeserklärung des Siegler lediglich von den beiden Siegler'ſchen und von den fünf Höffler'ſchen Geſchwiſtern, unter Ausſchluß aller Geſchwiſterenkel des Verſchollenen, bei dem Stadtgerichte geſtellt, auch von den Antragſtellern, welche ſich dabei als „die Inteſtaterben des Ludwig Carl Siegler“ bezeichnen, unter dem Bemerken, daß die Aſcendenz deſſelben nicht mehr am Leben, von Deſcendenz nichts bekannt, die noch lebenden Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder des Verſchollenen Erben ſeien, einerſeits „die ihnen am 5. December 1845 angefallene Ludwig Carl Siegler'ſche Erbſchaft“ ſofort unbedingt angetreten, andrerſeits nachher wiederholt um Einſetzung in dieſe Erbſchaft und um Ermächtigung der Curatoren zu ſofortiger Ausantwortung des von denſelben verwalteten Vermögens gebeten worden.

Erſt in Folge

e) des hierauf ergangenen, vorläufig abſchläglichen, Decrets des Stadtgerichts vom 7. Auguſt 1846, ſowie durch die demnächſt von dem ganzen Höffler'ſchen Stamm eingegebene Vorſtellung vom 19. September dieſes Jahres iſt die Frage angeregt, resp. von den Höffler's unter Revocation ihres früheren irrthümlichen Erbſchaftsantritts die Behauptung aufgeſtellt worden, ob nicht, resp. daß die Curatelmaſſe keineswegs ein Vermögen des Ludwig Carl Siegler ſei, ſondern aus den für Dieſen vorläufig zum Nachtheile der übrigen damaligen Erbintereſſenten ausgeſchiedenen und in Beſitz genommenen, nunmehr aber Letzteren, resp. deren Erben, accreſcirten Antheilen an den Nachläſſen ſeiner Eltern, Bruders und Tante beſtehe, welche Bedeutung der Curatelmaſſe denn

f) durch die Theilungsreceſſe und die hiezu erfolgten Erklä-

rungen der verſchiedenen Intereſſenten, resp. durch die über das Knipp'ſche Legat hier Orts ergangene Entſcheidung obbemerktermaßen definitiv feſtgeſtellt wurde.

Bei dieſer Sachlage, und da

3) die vom Kläger beigebrachte Ceſſionsacte vom 11. März 1843 theils von Angehörigen der Höffler-Siegler'ſchen Familie herrührt, theils in eine Zeit fällt, wo noch durchgängig die Anſicht herrſchte, daß die ganze Curatelmaſſe eine dem L. C. Siegler gehöriges Vermögen bilde, und bei deſſen mit Sicherheit zu gewärtigender Todeserklärung als Nachlaß deſſelben zu behandeln ſein werde, kann denn nicht bloß in dieſer Urkunde kein Gegenbeweis gegen die jetzigen klägeriſchen Forderungen, wie man beklagtiſcher und intervenientiſcher Seits vermeint, gefunden werden; ſondern es hat auch, zumal wenn man erwägt, daß der eigentliche, nur in unbedeutenden Pathengeſchenken beſtehende Nachlaß zu einer Sicherſtellung des Klägers viel zu unbedeutend, auch gar nicht zinsbar angelegt war, vielmehr noch zur Zeit der letzten Rechnung nur Seitens der Curatoren aufbewahrt wurde, die Behauptung Klägers einen hohen Grad der Wahrſcheinlichkeit für ſich, daß die Contrahenten bei Abfaſſung jener Urkunde mit dem darin cedirten Nachlaßantheile und Erbtheile eben nichts Anderes, als überhaupt die Curatelmaſſe und was Höffler hieraus bei dereinſtiger Todeserklärung des Curanden zufallen würde, gemeint hätten und haben könnten, und daß nur irriger Weiſe der Gegenſtand der Ceſſion als Nachlaßquote des Siegler bezeichnet worden ſei. — Bei der Urkunde ſtehen geblieben, und dieſe als alleiniges Fundament angeſehen, würde daher der Beweis, was die Abſicht der Contrahenten bei jener Ceſſion geweſen, und daß nach dieſer auch die jetzt in Anſpruch genommenen Vermögenstheile, obwohl nicht Nachlaß des Siegler, hätten übertragen werden ſollen und überwieſen wären, zwar des gegneriſchen Läugnens wegen noch nöthig, aber dem Kläger kaum zu verſagen ſein.

Indeſſen bedarf dies keiner näheren Erörterung, da jedenfalls

C. nach der Art, wie Kläger ſeine Anträge gleich Anfangs formulirt und ſubſtantiirt, dann im Verlaufe der Verhandlungen näher erläutert hat, die Klagabweiſung nicht gerechtfertigt erſcheint,

und die vom Kläger anerbotene Beweisführung ihm um so weniger versagt werden kann, als auch der übrigens erst in jetziger Instanz erhobene Einwand des Beklagten, es würde damit einer unstatthaften mutatio libelli Folge gegeben werden, sich als durchaus grundlos erweiset.

Denn

1) hat Kläger die Urkunde vom 11. März 1843 in seinem Klaglibelle zunächst und zumeist nur zum Beleg seiner persönlichen Forderung an Höffler und der wegen einstweiliger Verzinsung resp. über etwanige Nach- und Rückzahlung getroffenen Stipulationen inducirt, für die Cession selbst aber, also für das eigentliche Fundament der jetzt verfolgten Ansprüche mehr gelegentlich und nur einmal dies Document in Bezug genommen. Es kann daher weder auf die im Klaglibelle vorkommenden Wendungen „laut der Urkunde vom 11. März 1843" und „wie die Anlage A. darthut," das vom Beklagten denselben vindicirte Gewicht gelegt, noch daran Anstoß genommen oder eine wirkliche mutatio, nicht eine bloße emendatio libelli, darin gefunden werden, daß Kläger, wie schon die Worte des proponirten Beweisthema's „vor oder am 11. März 1843" zeigen, noch bestimmter aber aus der Justification voriger und jetziger Instanz sich ergibt, jetzt den Cessionsact selbst von der in jenem Documente enthaltenen Beurkundung desselben auseinander gehalten wissen, und letzteres nicht sowohl als den Titel und Erwerbsgrund seiner cessionarischen Rechte, vielmehr nur als ein anticipando bezeichnetes Beweismittel für die unabhängig von dem Vollzug der Urkunde erfolgte Überweisung der Höffler'schen Rechte behandelt wissen will, während er in erster Instanz allerdings nur von „der von ihm mit Höffler am 11. März 1843 getroffenen und durch die Anlage A. beurkundeten Vereinbarung" geredet, sonach zwar letztere zunächst als bloßes Beweisdocument bezeichnet, aber doch von keiner vor dem gedachten Tage geschehenen Rechtsüberweisung gesprochen hatte.

Sodann aber

2) gibt die Klagschrift eine ganz selbst- und vollständige Geschichtserzählung und, weit entfernt, auch nur eine Andeutung zu enthalten, daß aus dem Siegler'schen Nachlasse Befriedigung

erwartet und deſſen Ausantwortung verlangt werde, bezeichnet ſie den Beklagten nur als Curator für einen aus dem Siegler'ſchen Curatelvermögen herrührenden Vermögensantheil und als Gegenſtand der Ceſſion wie der Klage überhaupt, den Antheil, welcher dem Cedenten Höffler an dem damals noch für Ludwig Siegler curatoriſch verwalteten Vermögen zugekommen und des Erſteren (nur noch nicht frei verfügbares) Vermögen bereits zur Zeit der Ceſſion geweſen wäre, und gibt ſogar, wie dieſer Antheil aus den Verlaſſenſchaften der Eltern, des Bruders und der Tante des Verſchollenen nur auf den eventuellen Fall ſeiner Rückkehr für denſelben hätte zurückbehalten werden müſſen, ausdrücklich an, damit aber auch beſtimmt genug zu erkennen, daß es eigentlich nur die mit Siegler's Todeserklärung pro rata dem Vermögen des verſtorbenen Höffler accreſcirten Vermögenstheile wären, auf welche die Ceſſion ſich bezogen habe und woraus jetzt Befriedigung verlangt werde.

Noch beſtimmter aber iſt

3) replicando, und zwar hier gerade im Gegenſatz gegen die anders lautende, als ihrer Faſſung nach mangelhaft bezeichnete Anlage A., ſowie in den klägeriſchen Prozeßſchriften der höheren Inſtanzen auseinandergeſetzt, daß nicht an dem Siegler'ſchen Nachlaß ein Antheil cedirt ſei und in Anſpruch genommen werde, ſondern an denjenigen Rechten, welche dem Höffler ſchon am 11. März 1843 an den im Intereſſe der Betheiligten von den Siegler'ſchen Curatoren verwalteten Vermögenstheilen zuſtändig geweſen und kraft Anwachſungsrechts aus der Curatelverwaltung zugefallen wären.

Indem nun aber

4) allem Dieſem, was über Gegenſtand und Zweck der Ceſſion vorgetragen worden, zwar die Anlage A. ihrem Wortlaute nach nicht zur Seite, aber doch nach der Ausführung sub B. nicht direct entgegenſteht, ebenſowenig in dieſem ſpäteren Vorbringen wirkliche Nova enthalten ſind, oder die Subſtitution eines ganz anderen Klagfundaments gefunden werden kann, vielmehr die ſpäteren Schriften ſich in den Grenzen einer durchaus ſtatthaften Erläuterung des Klaglibells halten, kann es nicht gerechtfertigt

erſcheinen, wenn von den früheren Richtern auf den bloßen Wortlaut des der Klage beigefügten, höchſtens unbeweiſenden Documents hin der gehörig ſubſtantiirte Anſpruch als unbegründet ſofort verworfen, und dem Kläger die von ihm anerbotene Beweisführung nicht verſtattet worden iſt, welche weder jener Anlage A. gegenüber, da der Wortſinn eines Contracts immer durch den Nachweis abweichender Abſicht der Contrahenten beſeitigt werden kann, noch überhaupt für vorausſichtlich erfolglos ſich erklären läßt, da Kläger ſich nicht nur auf die Acten über die Siegler'ſche Todeserklärung, welche nebſt den Curatelamtsacten allerdings ſehr erhebliche Vermuthungen zu Gunſten des klägeriſchen Vorbringens an die Hand geben, ſondern auch auf das Zeugniß der bei dem Curatelvermögen und deſſen Vertheilung mitbetheiligten Perſonen, ſowie des bei Aufnahme der Anlage A. thätig geweſenen Notars berufen hat, und dieſe möglicher Weiſe allerdings darüber, was eigentlich die Contrahenten verhandelt, resp. beabſichtigt haben, werden Aufſchluß geben können.

Nun iſt freilich

II. der klägeriſche Anſpruch, abgeſehen von dem bisher erörterten Einwand, auch noch

A. um deßhalb von dem Beklagten, wie den Intervenienten, als jedes Grundes entbehrend bezeichnet worden, weil

1) jede Art von Veräußerung einer noch nicht angefallenen Erbſchaft nach

L. 30. C. de pactis

contra bonos mores und nichtig ſei, die hier in Frage ſtehende Ceſſion aber lange vor Todeserklärung des Ludwig Carl Siegler Statt gefunden habe, und weil

2) Kläger durch ſeine im Höffler'ſchen Concurſe bei Liquidation ſeiner Darlehnsforderung von fl. 440 nebſt Zinſen abgegebene Erklärung, es könne ihm der für ſeine Forderung cedirte Erbantheil in Folge des vor der Todeserklärung eingetretenen Ablebens Höffler's niemals ausgezahlt werden, ſelbſt die Kraft- und Wirkungsloſigkeit des Ceſſionsacts anerkannt und auf die daraus etwa reſultirenden Rechte verzichtet habe. Allein ſobald Kläger den von ihm anerbotenen Beweis führt und damit conſtatirt wird,

Digitized by Google

daß die Ceſſion nur auf Antheile an Nachläſſen vor dem Jahr 1843 verſtorbener Perſonen ſich beziehe, deren Erbſchaft von dem Cedenten Höffler, resp. deſſen Mutter, längſt angetreten und erworben war, ſo erledigt ſich der Einwand ad 1 von ſelbſt. Und ebenſo könnte dann, bei nothwendig reſtrictiver Interpretation jedes Verzichts, die ad 2 erwähnte, lediglich auf den Erbtheil am Siegler'ſchen Nachlaß lautende Erklärung für den nur die dem Höffler accrefcirten Vermögenstheile betreffenden jetzigen Anſpruch Klägers nicht weiter in Betracht kommen, ſelbſt wenn in gedachter Erklärung ein Verzicht enthalten, und nicht vielmehr, was vom Kläger ausdrücklich behauptet und ohne allen Grund beklagtiſcher Seits beſtritten, auch nach der ganzen damaligen Sachlage völlig klar iſt, nur eine durch Unbekanntſchaft mit dem Urſprunge der Siegler'ſchen Maſſe, oder durch Rechtsunkenntniß veranlaßte, in jedem Fall entſchuldbare und unpräjudicirliche Äußerung irriger Anſichten über die rechtliche Natur und Bedeutung des unter Curatelverwaltung ſtehenden Vermögens, ſowie über die Möglichkeit fernerweiter Realiſirung der aus dem Ceſſionsgeſchäfte für Klägern begründeten Rechtsanſprüche zu finden wäre.

Ein Bedenken gegen die Aufrechthaltung der Klage und Nachlaſſnng des vom Appellanten beantragten Beweiſes kann daher

B. nur daraus entſtehen, daß in Folge der Principalintervention für den Sohn des Cedenten Höffler dem Kläger die Erbringung jenes Beweiſes nur in ſo fern etwas nützen kann, als das von jenem angeſprochene Vorzugsrecht unbegründet iſt, nun aber in dem nach Höffler's Tod über deſſen Nachlaß eröffneten Concurſe der intervenientiſche Mündel mit dem durch die Activa ungedeckt gebliebenen fl. 1391. 5 kr. betragenden Reſte ſeines wegen eingebrachten Mutterguts erhobenen Anſpruchs von fl. 2550 in Folge des derartigen Forderungen zuſtändigen geſetzlichen Pfand- und Vorzugsrechts ſeine Stelle vor der Darlehnsforderung des Klägers in dem Locationsurtheile vom 20. December 1844 erhalten hat, und von den hier in Frage ſtehenden Vermögenstheilen des Cridars Höffler, welche als ſolche erſt in Folge der Vertheilung der Siegler'ſchen Curatelmaſſe lange nach beendigtem Concurſe bekannt oder doch erkannt worden ſind, keineswegs ſchon

um deßhalb, wie Kläger zu meinen ſcheint, ausgeſchloſſen ſein kann, weil für den ungedeckten Theil der intervenientiſchen Forderungen lediglich eine Überweiſung der inexigiblen Geſchäftsausſtände, welche eben nur damals die einzigen anderweit bekannten unrealiſirten Activen der Concursmaſſe bildeten, im Locationsurtheil erfolgt ſei.

Allein es handelt ſich gegenwärtig

1) nicht um Erneuerung des Concursverfahrens zu dem Behuf, um feſtzuſtellen, wer von zwei im Concurs unbefriedigt gebliebenen Liquidanten aus einem ſchon damals unzweifelhaft zur Concursmaſſe gehörenden, aber erſt ſpäter entdeckten Vermögensobjecte zuerſt ſeine Befriedigung anſprechen könne, nicht um einen eigentlichen Prioritätsſtreit, ſondern darum, ob das ſpäter zum Vorſchein gekommene, in Händen eines Dritten, urſprünglich der Siegler'ſchen Curatoren, jetzt des Beklagten, befindliche Vermögensobject überall als zur Concursmaſſe gehörig gelten könne, und, wenn zeitig entdeckt, damals zur Concursmaſſe hätte gezogen werden dürfen und müſſen, und ob es nicht vielmehr durch eine vor Ausbruch des Concurſes mittelſt der Ceſſion vom 11. März 1843 geſchehene Veräußerung theilweiſe, nämlich bis zum Belaufe der klägeriſchen Kapital- und Zinſenanſprüche, im Voraus der Concursmaſſe entzogen und aus dem Vermögen des Cridars auf rechtsgültige Weiſe herausgekommen ſei, wie dies auch vom Kläger in den jetzigen Parteiſchriften beſtimmt genug ausgeſprochen, nicht bloß damit, daß die Ceſſion als an Zahlungsſtatt erfolgt ſei, angedeutet, und ſelbſt intervenientiſcher Seits in ſo fern anerkannt worden iſt, als man aus der im Concurs erfolgten beſſeren Locirung des Höffler'ſchen Sohnes keine ausdrückliche Einrede herzunehmen verſucht hat.

Nun aber iſt,

2) abgeſehen von dem mit Erbringung des klägeriſchen Beweiſes hinwegfallenden Einwand, daß de hereditate viventis paciſcirt worden, die Rechtsbeſtändigkeit der hier vorliegenden Ceſſion nicht angefochten, noch an ſich, zumal von einer Vornahme in fraudem creditorum bewandten Umſtänden nach nicht entfernt die Rede ſein kann, zu bezweifeln. Durch dieſelbe iſt freilich das Klagrecht

des Cedenten gegenüber dem urſprünglichen Schuldner nicht erloſchen, vielmehr an ſich derſelbe berechtigt, von Letzterem noch ſeiner Seits die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten zu fordern, und dieſes Recht des Cedenten wird bei nachher über das Vermögen des Cedenten ausbrechendem Concurs allerdings auf die Geſammtheit der Concursgläubiger übergegangen zu erachten und nach Maßgabe des Locationsurtheils den einzelnen Creditoren, hier alſo dem priori loco zur Befriedigung kommenden Mündel der Intervenienten zuzuſprechen ſein. So wenig aber der Cedent ſelbſt den Ceſſionar, dem er für eigene Rechnung die Ausübung ſeines Klagrechts überließ, daran hindern kann, oder demſelben, wenn Beide gleichzeitig klagbar würden, nachzuſtehen ſich verweigern dürfte,

vergl. L. 25. 55. Dig. de procur. (3, 3.)

Mühlenbruch, Lehre von der Ceſſion. Dritte Ausgabe. Seite 479 und 488 flg.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. Buch 3. § 49.

und zwar gleichviel, ob ihm derſelbe mit einer Denunciation an den Schuldner zuvorgekommen wäre oder nicht, ebenſo wenig kann dieß Seitens des in die Stelle des Cedenten ſpäter eintretenden Concursgläubigers, hier des intervenientiſchen Mündels geſchehen, und wird dieſer, da er auch nur als Ceſſionar anzuſehen iſt, dem Kläger bis zum Belaufe von deſſen Forderung um ſo gewiſſer nachzuſtehen haben, als in dem Falle, wo daſſelbe Forderungs- und Klagrecht ganz oder, wie hier, theilweiſe mehreren Perſonen nach einander cedirt worden iſt, der Vorzug des älteren Ceſſionars und deſſen Befugniß mit voller Wirkung das ihm zuerſt cedirte Klagrecht geltend zu machen unbeſtreitbar iſt,

vergl. Mühlenbruch a. a. O. Seite 489.

vorliegenden Falls aber der Anſpruch des Klägers auf das ſtreitige im Jahr 1846 ermittelte und flüſſig gewordene Vermögen des Cedenten und Cridars Höffler aus dem Anfang des Jahrs 1843 ſich herſchreibt, der des intervenientiſchen Mündels erſt von der Zeit der Locatoria, vom 30. December 1844, günſtigen Falls nicht früher als von der am 16. Auguſt 1843 erfolgten Concurseröffnung datirt werden kann.

Dabei läßt ſich auch

3) aus dem mit der intervenientiſchen Forderung, weil ſolche aus den von der zweiten Frau des Cedenten Höffler in die Ehe gebrachten Obligationen herrührt, ſelbſt noch nach jetzigem Rechte

Geſetz, die Rangordnung der Gläubiger im Concurſe betreffend vom 10. Januar 1837 sub VI.

verbundenen geſetzlichen generellen Pfandrechte ein Bedenken gegen den Vorzug des Klägers, obwohl dieſer aus der Ceſſion mehr als perſönliche Anſprüche nicht gewonnen hat, keineswegs herleiten, da wenigſtens nach Frankfurter Rechte

vergl. Ref. II. 19. § 9.

(Souchay, Anmerk. Th. 1. Seite 456.)

darüber kein Zweifel iſt, daß das allgemeine geſetzliche Pfandrecht auf die durch Veräußerung aus dem Vermögen heraus und in Dritter Hände übergehenden Sachen nicht haften bleibe, ſondern durch die Veräußerung, „wenn ſonſt keine betrügliche Gefährde gebraucht“ worden, erlöſche.

Solchemnach war zu Gunſten Klägers, da ſolchen Falls deſſen Vorzug auch vor den Intervenienten feſtſtünde, auf Beweis zu erkennen. Dieſen ganz in der vom Kläger in jetziger Inſtanz vorgeſchlagenen Weiſe zu formuliren, war eben ſo unbedenklich, als nach der proceſſualiſchen Lage der Sache, da ein Weiteres ſeinerſeits nicht beantragt iſt, nothwendig, und konnte auch keinen Anſtand finden, des an ſich ſchon unzweifelhaften Rechts des Klägers ſich für die Führung jenes Beweiſes ſowohl der Ceſſionsurkunde ſelbſt, als der in den Verhandlungen auch intervenientiſcher Seits inducirten Acten über die Siegler'ſche cura absentis und der einen integrirenden Theil derſelben bildenden Curatelamtsacten mitbedienen zu dürfen, in dem tenor sententiae ausdrücklich zu gedenken, wohingegen kein genügender Anlaß vorlag, beantragtermaßen ſchon jetzt für den Fall, daß Kläger den fraglichen Beweis erbrächte, eine definitive Entſcheidung beizufügen, zumal darüber, daß der nach Befriedigung des Klägers verbleibende Reſt der unter Verwaltung des Beklagten ſtehenden Gelder jedenfalls den Intervenienten für ihre Mündel gebühren werde, Einverſtändniß unter den Parteien obwaltet.

5.

Die Handlung **Wevers & Sohn** zu Blühn bei Meurs, Klägerin, wider die Handlung **Joseph Marx**, Beklagte, wegen Forderung.

Aus den Entscheidungsgründen zum **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 1. November 1852:

In Erwägung daß:

— — — — — — — — —

2) die in den Briefen der klagendenden Handlung vom 5. und 26. April und 6. März 1852 der Beklagten gemachten Vergleichsanerbietungen, von derselben nach Ausweis ihrer Briefe vom 3. und 9. März 1852 nicht vollständig acceptirt worden und daher als nicht geschehen zu betrachten sind, daß

3) die Beklagte zwar in ihrem Briefe vom 26. März 1852 der Klägerin angezeigt hat, daß die betreffenden Waaren nicht den Mustern entsprächen und sie, die Beklagte, somit genöthigt sei, ihr, der Klägerin, jene Waaren zur Disposition zu stellen, daß aber

4) nach dem weiteren Briefe der Beklagten vom 3. Mai 1852 dieselbe mehrere Stücke angeschnitten, hierdurch der Klägerin die Zurücknahme der fraglichen Sendung unmöglich gemacht, und nicht einmal sich fernerhin zur Rückgabe der noch unangeschnitten vorhandenen Stücke erboten, vielmehr lediglich einen Nachlaß an dem Preise verlangt hat, daß

5) hiernach die Beklagte an den Kaufvertrag gebunden und insbesondere gehalten ist den darin stipulirten Kaufpreis zu berichtigen,

— — — — — — — — —

8) der bedungene Sconto hingegen nur dann von dem Kaufpreis abgezogen werden darf, wenn dieser gleich gezahlt wird, weßhalb, da letzteres hier nicht der Fall, die Beklagte auch keineswegs zu dem Abzug von 10 pCt. befugt erscheint.

Aus den Entſcheidungsgründen zum **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 28. Januar 1853.

II. Auf die zwiſchen beiden Theilen des beabſichtigten Handels wegen anfänglich verabredeten Bedingungen und deren Veranlaſſung kommt es jetzt nicht weiter an. Der Beklagte hat die von dem Kläger ihm zugeſendeten Waaren nicht acceptirt, vielmehr zur Diſpoſition des Klägers geſtellt, trotz deſſen aber über jene Waaren, durch theilweiſen Verkauf derſelben zu ſeinem Nutzen, eigenmächtig diſponirt.

Mit den Vergleichsverhandlungen an ſich war ihm dieſe Befugniß nicht zugegangen, und eben ſo wenig kann behauptet werden, daß er durch den Kläger ſelbſt hierzu inducirt worden ſei.

Mit der Veräußerung der Waare, die nicht ſein, ſondern des Klägers Eigenthum waren, iſt für den Beklagten die Verpflichtung erwachſen, dem Kläger mindeſtens den angemeſſenen Preis für jene Waaren zu bezahlen.

— — — — — — — — —

Von Abzügen, die nur auf einer beſonderen Verabredung beruhen können, iſt hier natürlich keine Rede, da hier ein Verkauf nach Verabredung an den Beklagten gar nicht Statt gefunden hat und kann es daher jedenfalls dem Beklagten nicht zur Beſchwerde gereichen, wenn ihm unter Zulaſſung eines Abzugs von 2 pCt. ein weiterer Abzug von 10 pCt. nicht zugelaſſen worden iſt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. October 1853.

Auf Appellation des Beklagten.

In der vorliegenden Sache handelt es ſich,

1. ſoviel die Hauptſache betrifft, nur noch um die Frage, ob der Beklagte berechtigt iſt, von der eingeklagten Summe von fl. 399. 51 kr. einen Sconto von 10 pCt., im Betrage von fl. 40, in Abzug zu bringen, eine Frage, welche von beiden vorigen Inſtanzen verneint worden iſt.

— — — — — — — — —

Digitized by Google

Die Beschwerde war aber als unbegründet zu verwerfen. Zwar läßt sich:

1) der Ansicht des Appellationsgerichtes nicht beitreten, wonach die angestellte Klage als Entschädigungsklage für eigenmächtig verbrauchtes Eigenthum der Kläger aufgefaßt und der ursprüngliche Facturapreis der fraglichen Barchentwaaren als derjenige Werth betrachtet wird, welchen der Beklagte, da er ihn als einen unangemessenen nicht angefochten habe, als Schadenersatz vergüten müsse. Vielmehr ist die Ansicht des Stadtgerichts für die richtige zu halten, daß auf Erfüllung des Kaufcontractes geklagt und darnach die Leistungen des Beklagten zu beurtheilen seien.

Der Beklagte stellte am 26. März vorigen Jahrs die ihm zugesendeten zwanzig Stücke Barchent, weil sie angeblich nicht mit dem Muster übereinstimmten, zur Disposition, ohne sich indessen zu erklären, ob er von dem Kaufgeschäfte ganz abgehen, oder etwa eine anderweite entsprechendere Lieferung in Anspruch nehmen wollte. Die Kläger, nachdem sie vergeblich versucht hatten, den Beklagten zur Anerkennung der Lieferung als einer contractmäßigen zu bewegen, erboten sich unter dem 5. April, des künftigen Geschäftsverkehrs wegen, zu einem Nachlaß von $^1/_8$ Silbergroschen per Elle. Hier fügten sie zwar hinzu, wenn der Beklagte umgehend erkläre, daß ihm dies nicht genüge, so würden sie die Waaren einem andern Geschäftsfreund in Frankfurt zuweisen. Als aber der Beklagte erst am 23. April geantwortet und einen Nachlaß von $^1/_6$ Silbergroschen verlangt hatte, bestanden sie nicht auf Zurückgabe der Waaren, sondern erklärten vielmehr am 26. April, sie müßten wegen der verspäteten Antwort die Sache nach ihrer Proposition vom 5. April als erledigt betrachten. Der Beklagte erwiederte darauf, er könne die Barchente, wenn die Kläger nicht ihre Retournirung vorzögen, nicht anders als mit $^1/_6$ Silbergroschen Nachlaß acceptiren. Damit war für den Fall, daß die Kläger auf diesen Nachlaß nicht eingingen, die Stellung zur Disposition wiederholt, und den Klägern stand das Recht zu, anderweit über die Sendung zu verfügen. Durch Brief vom 3. Mai erklärte aber nun der Beklagte, da mehrere Stück im Drange der Messe angeschnitten worden seien, so wolle er die Barchente mit dem

offerirten Nachlaß (von $^1/_8$ Silbergroſchen per Elle) acceptiren. Da in den bisherigen Verhandlungen von einer Auflöſung des urſprünglichen Kaufgeſchäftes gar keine Rede geweſen war, ſondern nur ſo viel in Frage ſtand, ob und in wie weit die Kläger durch die gemachte Lieferung ihre Verbindlichkeit aus dem Kaufcontract erfüllt hätten, ſo kann jene Erklärung nicht etwa als Propoſition zu einem neuen Handel für geringern Preis aufgefaßt werden, ſondern nur die Bedeutung haben, daß der Beklagte ſeine Stellung zur Diſpoſition zurücknahm, die Lieferung als Erfüllung des Kaufcontracts anerkannte, und nur wegen der Qualität der gelieferten Waaren zu einem Abzug am Kaufpreis berechtigt zu ſein glaubte. Dieſes Verlangen eines Abzuges ſtellt ſich auch keineswegs als Bedingung der erklärten Annahme der Lieferung dar; denn dieſes wäre nur denkbar, wenn der Beklagte noch die Alternative, die Waaren zur Diſpoſition zu ſtellen, gehabt und für ſich geltend gemacht hätte; für den in Angriff genommenen Theil der Waaren konnte er das aber nicht mehr, und hinſichtlich des unverſehrten Theils hätte er es, wenn man eine theilweiſe Stellung zur Diſpoſition für ſtatthaft halten wollte, nothwendig ausdrücklich erklären müſſen. Die Annahme der Lieferung war ſonach — da auch die begehrte Zahlungsfriſt von drei Monaten nicht als Bedingung geſtellt iſt — eine unbedingte, und das Verlangen einer Preisminderung konnte vom Beklagten nur geſtützt werden entweder auf Bewilligung der Kläger, oder auf einen über die behauptete geringere Qualität der Waaren zu führenden Beweis. Daß aber die von den Klägern früher gemachte Offerte von $^1/_8$ Silbergroſchen Nachlaß per Elle noch eine bis zum 3. Mai offene geweſen wäre, wie der Beklagte in den Verhandlungen erſter Inſtanz behauptet hat, bedarf keiner Widerlegung, vielmehr war die Offerte durch den Brief des Beklagten vom 28. April abgelehnt worden, und da die Kläger nachher nicht wieder darauf eingegangen ſind, ſo blieb dem Beklagten nur der erwähnte Beweis übrig.

Bei dieſer Lage der Sache waren die Kläger unbezweifelt berechtigt, den Kaufcontract ihrerſeits für erfüllt anzuſehen, auf die Zahlung des Kaufpreiſes zu klagen und abzuwarten, wie der Beklagte ſein Verlangen eines Nachlaſſes begründen werde. Freilich

waren sie nicht verbunden den Beklagten mit seiner am 3. Mai erklärten Annahme der Lieferung noch zuzulassen, wenn sie vorher bereits über die ihnen zur Disposition gestellten Waaren anderweit verfügt hatten; vielmehr mußte es ihnen in diesem Falle freistehen, Herausgabe des unversehrten Theils der Waaren und Entschädigung für die unbefugt abgeschnittenen Stücke zu verlangen. Und allerdings behaupten sie, am 30. April dem W. in Frankfurt Bezugschein zum Empfang der zur Disposition gestellten Waaren ertheilt zu haben. Auch konnte ihnen darin ihr Brief vom 6. Mai, worin sie, statt Herausgabe der unversehrten Stücke und Entschädigung für die abgeschnittenen zu verlangen, auf sofortige Berichtigung des Kaufpreises ohne Nachlaß, jedoch unter Abzug von Sconto und Agio dringen, nicht entgegenstehen, da derselbe augenscheinlich einen Vergleichsvorschlag enthält, und dieser vom Beklagten nicht angenommen worden ist. Allein die angestellte Klage läßt sich nicht als Entschädigungsklage, sondern nur als Klage auf Erfüllung des Kaufcontracts auffassen. Ob die Kläger, wenn sie eine Entschädigungsklage beabsichtigt hätten, nicht auf Zurückgabe der unversehrten Stücke in natura hätten antragen müssen, kann dahin gestellt bleiben. Denn:

a) die Kläger verlangen nicht eine Vergütung des Werthes der Waaren, sondern Zahlung des vollen Preises derselben ohne allen Abzug, also des ursprünglichen Kaufpreises;

b) sie begründen ihren Anspruch gar nicht damit, daß der Beklagte widerrechtlich ihr Eigenthum verbraucht habe, sondern erklären vielmehr, wegen der Zahlungsweigerung des Beklagten seien die ursprünglich verwilligten Nachlässe nicht mehr platzgreiflich, stützen sich also selbst auf die Vertragsbedingungen;

c) sie fordern in der Klagbitte Verzugszinsen vom 26. März 1852 an, was nur bei der Klage auf den Kaufpreis, aber nicht bei der auf Entschädigung statthaft sein konnte.

Hiernach muß angenommen werden, daß die Kläger auf die in dem Brief des Beklagten vom 3. Mai vorigen Jahrs erklärte Acceptation der Lieferung selbst haben eingehen wollen. Wäre dies aber auch noch zweifelhaft, so müßte doch angenommen werden,

daß jenes Resultat jetzt durch res judicata feststehe. Das Stadtgericht hat in seinen Entscheidungsgründen die Klage als eine auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete aufgefaßt, und dies ist insofern von erheblichem Einfluß auf das Decisum gewesen, als nur bei dieser Auffassung der in der Klage angeführte, vom Beklagten aber geläugnete Umstand, daß die Kläger am 30. April vorigen Jahres dem H. W. Bezugschein zum Empfang der zur Disposition gestellten Waaren ertheilt hätten, als unerheblich erscheinen konnte. So lange die Kläger über die zur Disposition gestellten Waaren noch nicht anderweite Verfügung getroffen hatten, mußte es dem Beklagten freistehen, seine Dispositionsstellung zurück zu nehmen, indem er dadurch nur von dem Einwand, eine ungenügende Lieferung erhalten zu haben, zurücktrat, oder doch nur die ihm zustehende Wahl zwischen Redhibition und Preisminderung ausübte. Hätte daher die Klage als Entschädigungsklage aufrecht erhalten werden sollen, so hätte den Klägern Beweis über den erwähnten Umstand auferlegt werden müssen. Indem sich die Kläger der stadtgerichtlichen Entscheidung unterwarfen, haben sie in der Behandlung der Klage als einer auf Erfüllung des Kaufcontracts gerichteten, eingewilligt und ihre Erklärung in jetziger Instanz, daß die Auffassung des Appellationsgerichts, die richtige zu sein schiene, würde deßhalb, auch wenn sie bestimmter ausgedrückt wäre, nicht mehr in Betracht kommen können.

2) Entscheidend gegen den Beklagten ist aber, daß er sich durch verspätete Zahlung des Abzuges der 10 pCt. Sconto verlustig gemacht hat. Die Auffassung des Beklagten von der rechtlichen Natur des Sconto ist unrichtig, indem der Sconto allerdings nur als Verwilligung für eine vor Ablauf des Zahlungszieles geleistete Zahlung angesehen werden kann.

Vergl. Präjudicate in Frankfurter Sachen:

Stirn Söhne ca. Krumbuch 1850.

Sigmund Rothschild ca. Diehl 1851. *)

Nun kann es dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte nach den ursprünglichen Bedingungen des Kaufvertrages den Sconto

*) Siehe S. 53.

nur bei ſofortiger baarer Zahlung hätte in Anſpruch nehmen können. Denn er räumt ſelbſt ausdrücklich ein, daß der Sconto über die Friſt von drei Monaten hinaus nicht für bewilligt angeſehen werde.

Dieſe Friſt kann aber nur von dem Empfang der Waare, oder, wie es bei der unter Contrahenten verſchiedener Wohnorte üblichen Wechſelzahlung geſchehen muß, vom Tage der Abſendung der Waaren an berechnet werden, und davon war auch im gegenwärtigen Fall keine Ausnahme begründet. Denn wenn der Beklagte in ſeinem Brief vom 3. Mai vorigen Jahrs, in Folge des theilweiſen Anſchneidens der Waare die Lieferung acceptirte und damit ſeine Diſpoſitionsſtellung zurücknahm, ſo erkannte er dadurch die ihm gewordene Lieferung, vorbehältlich des zu erweiſenden Anſpruchs auf einen Nachlaß, als eine von Anfang an contractmäßige an, und ſeine Acceptation mußte auf den Zeitpunkt der Abſendung der Waare, alſo hier auf den Tag der Factura, den 13. März vorigen Jahres, zurückbezogen werden. Der Beklagte hat aber innerhalb dreier Monate, vom 13. März an, die ihm obliegende Zahlung weder geleiſtet, noch gehörig angeboten. Denn in der dem Prozeß vorausgegangenen Correſpondenz hat er ſich nur zur Zahlung des Kaufpreiſes unter Abzug eines Nachlaſſes, den die Kläger nicht bewilligt hatten und der ihm nunmehr rechtskräftig aberkannt iſt, ſowie nur innerhalb einer vom 3. Mai vorigen Jahrs an zu berechnenden dreimonatlichen Friſt erboten. Ein ſolches Zahlungserbieten waren die Kläger anzunehmen nicht verbunden. Der Umſtand aber, daß die Kläger mehr verlangten, als ihnen nunmehr zuerkannt iſt, kann dem Beklagten nicht zu Statten kommen, da er ſich den Anſpruch auf Sconto nur durch Anbieten der wirklich ſchuldigen Summe und innerhalb der rechten Zeit erhalten konnte. Das Zahlungserbieten ſodann, welches der Beklagte in ſeiner am 24. Juni vorigen Jahrs eingereichten Exceptionsſchrift wiederholte, war nach dem Bemerkten bereits verſpätet, und wenn auch ebendaſelbſt behauptet wurde, es ſei dem klägeriſchen Anwalt nach Inſinuation der Klage die Zahlung von fl. 341. 17 kr. angeboten worden, ſo fehlt doch theils die beſtimmte Behauptung, daß dies noch vor dem 13. Juni geſchehen ſei, theils

mußte das Erbieten auch wegen des in Abzug gebrachten Nachlaſſes am Kaufpreis als gleich ungenügend, wie das außergerichtliche, angeſehen werden, und noch aus der Eingabe des Beklagten vom 5. Auguſt vorigen Jahres geht hervor, daß er ſelbſt im Anfang des Auguſt zur Zahlung einer höhern Summe nicht bereit war.

Die Klage iſt nun zwar am 8. Juni vorigen Jahres, folglich noch im Laufe der bemerkten dreimonatlichen Friſt, angeſtellt und auf Entrichtung des vollen Kaufpreiſes gerichtet worden. Allein die Frage, ob dies an ſich zuläſſig war? kann ſchon deßhalb unerörtert bleiben, weil die vorzeitige Erhebung der Klage durch den vergeblichen Ablauf der Zahlungsfriſt während des Prozeſſes für die Kläger unſchädlich geworden iſt, indem, wie das Ober-Appellationsgericht ſchon mehrfach angenommen hat, eine zu früh erhobene Klage nicht abzuweiſen iſt, wenn bis zum Urtheil die Fälligkeit der aufgeſtellten Forderung eingetreten war.

Vergl. Frankfurter Präjudicate: *)

Jacquet ca. Kühler-Emkes 1849.

Prenck Ehefrau ca. May 1850.

II. Die zweite Beſchwerde mußte ebenfalls für unbegründet gehalten werden. Denn da in voriger Inſtanz neben Berichtigung eines Rechnungsirrthums, welchem ohne Rechtsmittel abgeholfen werden konnte, nur in einem ganz unbedeutenden, einen Abzug von fl. 1. 50 kr. betreffenden Punkt reformatoriſch erkannt worden iſt, die jetzt wiederholte Beſchwerde wegen des Sconto aber mit Recht verworfen wurde, ſo war die Verurtheilung zu neun Zehntel der Koſten voriger Inſtanz völlig gerechtfertigt.

Bei dem Ungrunde der Beſchwerden mußte der Beklagte auch in die Koſten jetziger Inſtanz verurtheilt worden.

Auszug aus den S. 51 und 53 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. S. Rothſchild ca. Diehl 1851.

Der in den Gründen der beiden vorigen Urtheile aufgeſtellte, auf allgemeiner kaufmänniſcher Anſicht beruhender Satz, daß beim

*) Siehe S. 54 — 59.

Waarenhandel der Abzug von 5 pCt. Disconto nur im Falle comptanter, d. h. sofortiger Zahlung üblich sei, wird durch die entgegenstehende beklagtische Behauptung, der Rabatt stehe mit der Zahlung Zug um Zug in keiner Beziehung, sondern enthalte eine von der Zahlungszeit völlig unabhängige Stipulation, ebenso wenig, wie durch die nicht zutreffende Verweisung auf

Thöl, Handelsrecht. Theil I. Seite 230. 2te Ausgabe,

gerechtfertigt. Vielmehr weist die abgesonderte Berechnung des Disconto bei jedem einzelnen Verkaufsposten darauf hin, daß zwischen einem durch Discontoabzug und einem durch Abhandeln verminderten Kaufpreis ein Unterschied obwalte. Auch kann jene Behauptung der Beklagten durch Bezugnahme auf eine Usance, comptante Zahlungen ließen sich durch dreimonatliche Wechsel beschaffen, deren Existenz vorausgesetzt, in zutreffender Weise nicht gestützt werden. Es würde jener Disconto nur dann von den Beklagten verlangt werden können, wenn der Kläger sich damit, selbst im Falle befristeter Zahlung, einverstanden erklärt hätte.

b. Jacquet ca. Kühler-Emkes 1849.

Die Einrede zu früher Klagerhebung, welche Beklagter theils in Bezug auf die unstreitigen Waarenposten sub 4, 9 — 12, 14 und 17, theils in Betreff des Einen noch streitigen Postens sub 15 opponirt hat, ist in den vorderen Instanzen mit vollem Rechte nicht weiter berücksichtigt worden, als daß der Termin, von welchem ab Beklagter zu Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet sei, statt auf den Tag der erhobenen Klage (23. Mai) erst auf den 3., resp. 13. Juni 1845 festgesetzt worden ist, wo die dem Beklagten seiner Behauptung nach freigelassene sechsmonatliche Creditfrist für die Sendungen vom 3., resp. 13. December 1845, abgelaufen war.

Denn es ist ein durch die Gesetze in mannigfachen Anwendungen

vergl. Savigny, Syst. d. R. Rs. Theil 6. § 75 flg.

bestätigtes, auch von dem Ober-Appellationsgerichte bereits vielfach in judicando befolgtes Princip, daß, wenn solche factische Verhältnisse, welche, wie z. B. der Besitz des Gegners bei der Vindication, nicht zwar Hauptbedingung des verfolgten Rechtes selbst, aber doch eine Nebenvoraussetzung der Klage bilden und zur Verurtheilung

des Gegners nöthig ſind, erſt durante lite eintreten, und ſonach zur Zeit der Klagerhebung eine Condemnation noch nicht ſtatthaft geweſen wäre, dieſe gleichwohl eintreten könne, ſobald es nur tempore sententiae an jener Vorausſetzung nicht mehr fehlt. Von dieſem Princip auch in dem hier vorliegenden Fall Anwendung zu machen, wo eine betagte Forderung vor Eintritt des Fälligkeitstermins klagbar gemacht iſt und letzterer noch vor ergehendem Urtheil eintritt, kann aber um ſo weniger einem Bedenken unterliegen, als ſich dafür, wenn auch nur in ſpecieller Beziehung auf die hereditatis petitio eine geſetzliche Bethätigung in

L. 16. pr. D. de hered. petit

findet und hier ſogar das Gleiche von bedingten Forderungen anerkannt iſt, wo doch der Eintritt der Bedingung nicht bloß für die Realiſirung, ſondern ſelbſt für die Exiſtenz des Anſpruchs entſcheidend iſt.

Dieſe Anſicht, welche auch der

L. 17. D. mandati

zu Grunde liegt, ſteht die Autorität angeſehener Rechtslehrer zur Seite,

vergl. Thibaut, Syſt. des Pfandrechts. Ältere Ausgabe. Theil 3. Seite 65.

Linde, Lehrb. des Proz. 3te Auflage. § 196. Note 4.

und kann weder daraus, wie Beklagter meint, daß ſolchen Falls die Einrede zu früher Klagerhebung ſo gut wie bedeutungslos wäre, noch aus den über die plus petitio in

Reform. Theil I. Titel 17. § 10.

enthaltenen Beſtimmungen ein erhebliches Bedenken dawider entnommen werden. Denn immer bleibt es doch, dafern nur der Mangel der Fälligkeit zur Zeit der Klaganſtellung liquid iſt, nicht bloß dem Richter unbenommen, ſondern auch deſſen Pflicht, die Klage ſofort aus ſolchem Grunde vorläufig abzuweiſen, ohne abzuwarten: ob etwa nach vollſtändiger Verhandlung der Sache das Urtheil noch vor oder erſt nach Eintritt des Fälligkeitstermins werde ergehen können, und wo ſolches trotz vorhandener Liquidität unterblieben wäre, wird durch obigen Grundſatz nur dem vorgebeugt, daß ein an ſich unerheblicher und für den Schuldner nunmehr ganz

Digitized by Google

unnachtheiliger Mangel der Klage nicht zu chicanösen Verschleppungen des Prozesses benutzt werde. Jene Bestimmungen dagegen der Reformation enthalten im Wesentlichen nur eine Wiederholung der im Römischen Rechte für den Fall einer plus petitio aufgestellten Regeln und den Ausnahmsfällen, welche das Römische Recht selbst nach dem früher Bemerkten gelten läßt, ist dadurch in keiner Weise derogirt.

c. Prenck, Ehefrau, ca. May 1850.

Soviel dagegen die vierte, auf den 28. December stipulirte Terminalzahlung von fl. 150 betrifft, deren Fälligkeitstermin erst durante processu und nach der Litiscontestation eingetreten ist, so muß den früheren Urtheilsfassern darin beigestimmt werden, daß es bei betagten Forderungen genüge und unbedenklich eine Condemnation stattfinden könne, wenn die bei der Klaganstellung noch fehlende Fälligkeit nur bis zu ergehendem Urtheilsspruch eintritt, und so der ursprüngliche Mangel der Klage durante processu sich erledigt.

Ob bloße Rücksichten der Zweckmäßigkeit, die freilich ganz evident vorliegt, auch in

c. 3. de sentent. in VI^to. (2. 14.)

für einen analogen Fall als sehr erheblich herausgehoben wird, entscheiden könnten, dürfte vielleicht gegenüber den gesetzlichen Vorschriften über Klagbarkeit betagter Ansprüche und über zu frühe Klaganstellung

vergl. § 2. Inst. de verbor. oblig. (3. 16.)
§ 33. Inst. de action. (4. 6.)
L. 23. 35. Dig. de judiciis (5. 1.)
L. 14. § 4. Dig. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.)
L. 9. pr. in f. Dig. de reb. cred. (12. 1.)
L. 213. pr. Dig. de V. S.
Reform. I. 17. § 9—11. und II. 24. § 4.

für nicht unbedenklich zu erachten sein. Auch scheint eine entschiedene und feste Praxis dafür, daß eine Condemnation erfolgen dürfe, wenn auch erst im Laufe des Prozesses der Termin oder die Bedingung eingetreten ist, kaum vorhanden zu sein, da doch nur

wenige Prozeſſualiſten, und dieſe nicht einmal ganz entſchieden, ſich dafür erklären,

vergl. Thibaut, Pandectenrecht. Ältere Ausgabe. Th. 3. §. 1135.

Linde, Lehrb. des Proz. 5te Aufl. § 196. Note 4.

Brackenhöft, Erörterungen ꝛc. S. 417. Note 4.

und ebenſo von den Schriftſtellern über Frankfurter Recht der hier in Frage ſtehenden Ausnahme von dem allgemeinen Verbote der Klagverfrühung nicht gedacht wird, dieſe vielmehr, abgeſehen von dem unverkennbar ſingulären Rechte des Inſatzgläubigers, wegen Zinsrückſtände alsbald und ohne vorgängige Kündigung auch für das Kapital eine Verſteigerung der Inſatzobjecte verlangen zu können, im Weſentlichen bei den oben allegirten Vorſchriften der Reformation ſtehen bleiben.

Orth, Anmerk. Bd. I. S. 418 und Bd. II. S. 546.

Adlerflycht, Civilproz. ꝛc. ꝛc. § 57 zu E.

Bender, Lehrb. des Civilproz. ꝛc. ꝛc. § 49 sub 4ª vergl. mit § 72. Note 2.

Allein ganz entſcheidend iſt für die Bejahung der obigen Frage die Analogie der zahlreichen Stellen des Römiſchen Rechts:

L. 4. 16. pr. 18. § 1. 36. § 4 und 41. Dig. de hered. petit. (5. 3.)

L. 27. § 1. Dig. de rei vind. (6. 1.)

L. 9. § 5. Dig. de pign. act. (13. 7.)

L. 30. pr. D. de peculio (15. 1.)

L. 1. § 21. Dig. depositi (16. 3.)

L. 17. Dig. mandati (17. 1.)

L. 35. Dig. de fidejuss. (46. 1.)

welche es in vielfachen Anwendungen anerkennen, daß ſolche factiſche Verhältniſſe, welche nicht eigentlich zum Klaggrunde gehören, noch für die Entſtehung des Rechts ſelbſt als weſentliche Bedingung anzuerkennen ſind, welche vielmehr nur zur Realiſirung des Rechts erforderlich ſind und ſonach bloß für die Wirkſamkeit der Klage eine Nebenvorausſetzung auf Seiten des Beklagten bilden, nicht nothwendig ſchon tempore actionis motae vorhanden zu ſein brauchen, ſondern eine Condemnation auch dann eintreten könne,

wenn ſie nur wenigſtens zur Zeit des Urtheils nicht mehr fehlen.

Vergl. Keller über Litisconſtetation und Urtheil S. 185 und 190 flg.

v. Vangerow Leitfaden § 160. Anmerk. sub 4. Th. I. Seite 190.

v. Savigny Syſtem ꝛc. ꝛc. Th. VI. Seite 74 flg.

Denn daß die einſchlagenden Geſetzesſtellen eine ſolche Rückſichtnahme auf die erſt durante processu eintretenden Umſtände nicht als Singularität behandeln, ſondern ein allgemeines Princip ausſprechen, läßt ſich nicht verkennen, und wenn man auch nicht ſo weit wird gehen dürfen, mit

Averanuis interpretat jur. Lib. IV. c. 23. No. 72.

das tempus sententiae und die derzeitige Sachlage als in der Regel entſcheidend anzuſehen, ſo kann es doch keinem Bedenken unterliegen, jene Geſetze, auch in anderen als den ausdrücklich erwähnten Fällen zur Entſcheidung zu benutzen, ſobald nur überhaupt die allgemeinen Vorausſetzungen analoger Anwendung vorliegen, und wirklich nur derartige, die Wirkſamkeit der Klage gegen den Beklagten bedingende Umſtände in Frage ſtehen. Dies iſt nun aber bei beſagten Forderungen, im Gegenſatze bedingter, ganz unzweifelhaft der Fall, da zwar ante diem das Forderungsrecht nicht klagend verfolgt, alſo nicht realiſirt werden kann, aber doch alsbald erworben iſt, und mithin die Fälligkeit nicht zum Klaggrunde und Rechtserwerbe gehört. So hat denn auch das Ober-Appellationsgericht, wie ſchon früher in anderen Beziehungen vielfach das obige Princip analog angewendet, z. B. in den Frankfurter Sachen

Kulp ca. Wertheimber vom Jahr 1841.

Jäger ca. Sondheimer vom Jahr 1842.

und namentlich, was ſpeciell die hier vorliegende Frage betrifft, ſich neuerdings in Sachen

Jacquet ca. Kühler-Emkes vom Jahr 1849.

ganz beſtimmt und unter ausführlicher Beſeitigung aller etwaigen Bedenken dahin ausgeſprochen, daß bei betagten Forderungen der Eintritt des Fälligkeitstermins vor ergehendem Urtheil um ſo

gewiſſer zu einer Condemnation führen könne, als ſich in ſpecieller Beziehung auf die hereditatis petitio ſogar eine geſetzliche Beſtätigung dafür in

L. 16. pr. Dig. de hered. petit. (5. 3.)

vorfinde und hat das Ober-Appellationsgericht von dieſer, andeutungsweiſe ſchon früher in Sachen

Heitmann ca. Witte vom Jahr 1845.

kundgegebenen Anſicht zurückzutreten, in alle dem, was beklagtiſcher Sachführer zu Aufrechthaltung der exceptio actionis nondum natae vorgebracht hat, auch nicht den entfernteſten Anlaß finden könne, mithin darin den früheren Urtheilen völlig beitreten müſſen, daß, ſobald die in Frage ſtehenden Termine lediglich für das Jahr 1847 bewilligt waren, in Folge deren inzwiſchen erfolgten Verfalls Beklagte in die ganze, mittelſt des Scheines verſchriebene Schuldſumme zu verurtheilen ſeien, ohne daß in ſo weit auf den weitern Streitpunkt etwas ankommen könne, ob die den Beklagten gemachte Friſtbewilligung wegen nicht pünktlicher Einhaltung der Termine für verfallen erachtet werden dürfe.

6.

F. G., Kläger und Intervent, wider **F. J. R.**, Beklagten, und dessen Ehefrau **A. C.** geb. M., Intervenientin, wegen Forderung von fl. 3092. 53 kr.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 8. April 1853.

I. Die vorliegende Klage beruht auf der Behauptung:

1) dem Kläger stehe gegen eine dahier bestandene Privatversicherungsgesellschaft ein persönliches Guthaben von fl. 6185. 57 kr. zu, welches dadurch entstanden sei, daß er, um dem Geldmangel der Gesellschaft abzuhelfen, theils baare Vorschüsse geleistet, theils alle ihm als Director gebührenden Bezüge der Gesellschaftscasse überlassen habe;

2) der Beklagte habe sich dem Kläger gegenüber in der Urkunde vom 27. Juli 1845 zum Ersatze der Hälfte seines in dieser Weise entstandenen und noch entstehenden Guthabens nebst 5 pCt. Zinsen, falls dessen Rückzahlung nicht binnen Jahresfrist aus den Mitteln der Bank möglich werde, als Selbstschuldner verpflichtet.

Der Kläger verlangt daher Zahlung von fl. 3092. 53 kr. nebst 5 pCt. Zinsen, seit dem 8. Juli 1846, dem Tage der Feststellung seines gedachten Guthabens, und zwar mittelst Überweisung des zu Gunsten des Beklagten auf der J. J. R'schen Papiermühle zu O. haftenden zweiten Insatzcapitals von fl. 4000 bis zum entsprechenden Betrag.

II. Der Beklagte räumt ein, die Urkunde vom 27. Juli 1845 ausgestellt zu haben, und daß das Guthaben des Klägers, wie es in der Urkunde vom 8. Juli 1846 von dem Beklagten selbst aufgestellt ist, am 8. Juli 1846 wirklich fl. 6185. 57 kr. betragen hat. Er will jedoch unter Bezugnahme auf den Wortlaut der Urkunde vom 27. Juli 1845 nur für die Hälfte der baaren Vorschüsse des Klägers eine Haftungspflicht anerkennen. Da

indeſſen das gedachte Verſprechen ſich ganz allgemein auf die Vorſchüſſe bezieht, welche der Kläger der Bankcaſſe am 27. Juli 1845 bereits gemacht hatte, oder noch machen werde, und es ganz gleichgültig iſt, ob der Kläger dieſe Vorſchüſſe durch baare Einzahlungen oder kurzer Hand durch Überlaſſung der Beträge, welche er aus der Kaſſe zu beziehen hatte, leiſtete, ſo iſt dieſer Einwand des Beklagten zu verwerfen, weßhalb es bei vorliegender Anerkennung des ohnehin von dem Beklagten ſelbſt aufgeſtellten Contocorrents einer weitern Specification des letztern nicht bedarf.

III. Der fernere Einwand des Beklagten, daß er durch ſeine von dem Kläger veranlaßte Niederlegung der Rendantenſtelle und dadurch, daß der Kläger die Anſtalt mit allen Activen und Paſſiven für alleinige Rechnung übernommen habe, ſeiner am 27. Juli 1845 gegen den Kläger eingegangenen Verbindlichkeit enthoben worden ſei, entbehrt alles Grundes. Die (von dem Beklagten ſelbſt verſchuldete) Niederlegung ſeiner Stelle löſte nicht ſeine gegen den Kläger eingegangenen Privatverbindlichkeiten und die Übernahme der Anſtalt mit allen Activen und Paſſiven durch den Kläger würde nur mittelſt Auflöſung der nach Inhalt der Statuten auf Gegenſeitigkeit beruhenden Verſicherungsgeſellſchaft als ſolcher und unter Einwilligung der Geſellſchaftsmitglieder haben ſtattfinden können. Daß eine ſolche Auflöſung resp. Einwilligung jemals erfolgt ſei, hat der Beklagte weder in der Vernehmlaſſung, noch auf des Klägers deßfallſige Replik in der Schlußerklärung zu behaupten vermocht. Aber auch abgeſehen hiervon, würde die Veränderung des die Geſellſchaft oder die Anſtalt repräſentirenden Rechtsſubjects die perſönlichen Verpflichtungen des Beklagten gegen den Kläger ohne deſſen ausdrücklichen Verzicht, der vom Beklagten nirgends behauptet worden iſt, an und für ſich nicht auflöſen.

IV. Auch das Verlangen des Beklagten, daß der Kläger über die aus der Anſtalt bezogenen Gelder Rechnung ſtelle, iſt nicht begründet, weil der Kläger als Creditor dem Bürgen oder Intercendenten gegenüber nicht das Fortbeſtehen ſeiner Forderung, vielmehr der letztere deren Tilgung nachzuweiſen hat, zu welchem Behufe der Kläger zur Vorlage der Bücher der Verſicherungsbank ſich bereit erklärt; und weil, abgeſehen hiervon, der Beklagte in der

Schlußerklärung nicht widersprochen hat, daß sein Nachfolger in der Rendantur B. gewesen sei, dem Kläger mithin eine Rechnungspflicht in dieser Beziehung nicht obliegt, und derselbe überdies in der Replik behauptet hatte, daß sein Guthaben sich bis jetzt nicht vermindert, sondern erhöht habe, was gleichfalls in der Duplik nicht gehörig widersprochen worden ist.

V. Anlangend den Anspruch des Klägers an die auf der J. J. R'schen Papiermühle zu O. haftende zweite Hypothek von fl. 4000 und die deßfallsige Intervention der Ehefrau des Beklagten, so wurde diese Hypothek laut der zu den Acten gekommenen Urkunde vom 10. Mai 1843 zunächst nur der „Versicherungsbank" als Dienstcaution seitens des Beklagten übergeben. Die Behauptung des Klägers, daß jene Pfandverschreibung auch ihm persönlich zum Behuf der Aufbringung der nöthigen Geldmittel, oder wie er sich in der Replik ausdrückt, zu seiner Deckung und freien Verfügung überlassen worden sei, kann höchstens in dem Sinne verstanden werden, daß dem Kläger an jener Hypothekforderung ein Privatpfandrecht mittelst Aushändigung der Urkunde eingeräumt worden sei, denn eine förmliche Cession hätte mit bestimmten Worten behauptet werden müssen.

Der Beklagte läugnet, daß eine solche pfandliche Übergabe der fraglichen Hypothekenurkunde zu persönlichen Gunsten des Klägers Statt gefunden habe, und die Intervenientin, seine Ehefrau, bestreitet überdies aus doppeltem Grunde die Gültigkeit dieser angeblichen Verpfändung und verlangt die Auslieferung der Urkunde selbst, deren Eigenthümerin sie jedenfalls durch die in Folge des Concurses ihres Ehemannes an sie geschehene Überweisung geworden sei.

Es wird demnach zu Recht erkannt:

I. Die Forderung des Klägers an den Beklagten ist mit fl. 3092. 53 kr. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 8. Juli 1846 liquid, und wird dem Letzteren zur Berichtigung seiner Schuld eine Frist von vierzehn Tagen vorberaumt.

II. Würde der Kläger binnen vierzehn Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, darthun:

„daß die auf der J. J. R'schen Papiermühle zu O. haftende zweite Hypothek von fl. 4000 auch ihm zur

Deckung seiner persönlichen Forderung an den Beklagten von diesem übergeben worden sei,"

so soll in dieser Beziehung weiter ergehen, was Rechtens.

III. Führt der Kläger diesen Beweis, so wird die Intervenientin mit ihren Ansprüchen an die mehrgedachte Hypothekenurkunde abgewiesen. Führt er ihn nicht, so hat er diese Urkunde binnen vierzehn Tagen an die Intervenientin auszuliefern.

IV. Der Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Die vom Kläger gegen dies Erkenntniß verfolgte Appellation wurde durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 15. Juni 1853, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten zweiter Instanz, verworfen, dagegen auf Appellation des Beklagten und der Intervenientin unter demselben Tag erkannt:

Durch die am 27. Juli 1845 ausgestellte Urkunde verpflichtete sich der Beklagte:

„die Hälfte desjenigen Betrags, welchen Kläger G. zur Casse der Versicherungsbank vorgeschossen hat und ferner vorschießen wird ꝛc. ꝛc. als Selbstschuldner zu übernehmen, und, falls dessen Rückzahlung aus den Mitteln der Bank binnen Jahresfrist nicht möglich sein sollte, dieselbe aus eigenen Mitteln zu ersetzen."

Daß dieser Betrag am Ende des Jahres fl. 6185. 57 kr. betrug, hat der Beklagte durch die Urkunde vom 8. Juli 1846 anerkannt. Es steht sonach die Schuld des Beklagten mit fl. 3092. 53 kr. sammt Zinsen fest.

Es kann jedoch ferner keinem Zweifel unterliegen, daß diese Vorschüsse nur geleistet und jene Verbindlichkeit überhaupt nur in der Aussicht übernommen wurde, daß allmähliche Deckung durch die Ausstände der Bank erfolgen werde. Wenn nun schon dieser Umstand an der Verbindlichkeit des Beklagten zur vollständigen Zahlung des liquidirten Betrags von fl. 3092. 53 kr. nichts ändert, so darf doch nicht übersehen werden, daß die Activforderungen der Bank an die Versicherten, welche an dem Ende obigen Jahrs, also am 8. Juli 1846 bestanden, als gemeinschaftliches Deckungsmittel für jene Vorschüsse zu erachten sind und insofern dieselben

eingehen, oder bereits eingegangen ſind, zur Hälfte dem Beklagten gebühren.

Letzterer behauptet nun, der Kläger habe nach des Beklagten Abgang von der Rendantur Gelder der Anſtalt erhoben und ſei vollſtändig für ſeine Vorſchüſſe gedeckt, und es gereicht daher dem Beklagten zur Beſchwerde, daß ihm der Beweis dieſer von dem Kläger verabredeten Thatſache nicht nachgelaſſen worden iſt. Die erſte Beſchwerde erſcheint hiernach gegründet. Dagegen iſt die Beſchwerde der Intervenientin nicht gerechtfertigt. Der in dem ſtadtgerichtlichen Urtheil vom 8. April laufenden Jahrs ausgeſprochene Grundſatz, daß Pfandforderungen, deren Pfandobjecte außerhalb des hieſigen Gebietes belegen ſind, durch Privatverträge gültig verpfändet werden können, iſt von Seiten der Intervenientin nicht angefochten und ebenſo wenig iſt beſtritten, daß die in Frage ſtehende Hypothek der Bank gegenüber als Caution verpfändet geweſen ſei.

Dagegen wird die Verpfändung in Bezug auf die perſönliche Forderung des Klägers beſtritten, dem Kläger ward ſonach mit Recht der deßfallſige Beweis auferlegt.

Dieſem nach wird das ſtadtgerichtliche Decret vom 8. April laufenden Jahrs jedoch mit dem Zuſatz ad 1 beſtätigt:

„Beklagter könnte denn in gleichem Termin beweiſen, daß Kläger bereits ganz oder in wie weit aus den Eingängen der Bank Befriedigung erhalten habe.“

2) Die Koſten dieſer Inſtanz werden verglichen und ſind die vorderen Acten zurückzuſenden.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. November 1853.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. Juni 1853 zwar im Übrigen zu beſtätigen, der in dem Urtheil des Stadtgerichts vom 8. April dieſes Jahrs unter II. dem Kläger auferlegte Beweis aber, wie hiemit geſchieht, dahin zu normiren ſei:

„daß die auf der J. J. R'ſchen Papiermühle zu O. haftende Hypothek von fl. 4000 dem Kläger zur Deckung der von ihm der Verſicherungsbank gemachten und zu machenden Vorſchüſſe von dem Beklagten an Zahlungsſtatt abgetreten worden ſei."

Entſcheidungsgründe.

Da die achtwöchige Friſt zur Einführung und Rechtfertigung der klägeriſchen Appellation wider die Erkenntniſſe vom 17. Juni dieſes Jahres nicht, wie der Kläger vermeint, am 15. Juli, ſondern erſt in den Gerichtsferien ablief und mithin nach § 102 der Ober-Appellationsgerichtsordnung bis zum 8. September erſtreckt war, ſo iſt die Ein- und Ausführung der Appellation am 1. September zeitig eingereicht.

— — — — — — — — —

Die Sache ſelbſt anlangend, ſo verlangt der Kläger

I. mittelſt ſeiner zweiten Beſchwerde in gegenwärtiger Inſtanz die Aufhebung des von dem Appellationsgerichte dem Beklagten nachgelaſſenen Beweiſes gänzlicher oder theilweiſer Tilgung der klägeriſchen Forderung mittelſt Zahlung. Dieſer Beweis darf

1) nicht ſchon aus dem Grunde verworfen werden, weil die Einrede der Tilgung der Schuld nicht mit ausreichender Beſtimmtheit in der Vernehmlaſſung vorgetragen ſei. Der Beklagte beabſichtigte, ſeine Zahlungsverbindlichkeit an Kläger von einer Rechnungsſtellung des Letzteren abhängig zu machen. Mit dieſer Auffaſſung iſt er in den Gründen zum erſten Erkenntniß Nr. IV. mit Recht zurückgewieſen worden. Bei jener Auseinanderſetzung findet ſich nur die Behauptung, Kläger, welcher ſeit dem zweiten Semeſter 1845 alle Beträge von den Verſicherten ſelbſt eingenommen habe, werde „begreiflicher Weiſe" damit fortgefahren haben und „gewiß" für ſeine Vorſchüſſe ſchon vollſtändig gedeckt ſein. Hierin findet ſich die Zahlungseinrede dahin, daß Kläger bereits befriedigt ſei, mit ausreichender Beſtimmtheit ausgeſprochen, indem jene virgulirten Worte nicht dahin zu deuten ſind, daß Beklagter darüber ſchwankend geweſen ſei, ob eine Zahlung wirklich Statt gefunden habe, ſondern ſich auf die Zeit, wo Beklagter das Geſchäft bereits

verlaſſen hatte, beziehen, in Bezug, auf welche es ihm ohne Einſicht der Bücher nicht möglich war, ſich beſtimmter auszudrücken. Jedenfalls iſt die Abſicht des Beklagten durch die Art und Weiſe, wie er ſich in ſeiner Schlußerklärung ausdrückt, außer Zweifel geſetzt, indem er hier unumwunden ſagt, es ſei ihm bekannt, daß Kläger zum großen Theil zum Erſatz ſeiner Vorlagen ſchon gelangt ſei, und dieſelben vielleicht ganz gedeckt habe. Ebenſo wenig darf

2) der Beweis dem Beklagten um deßwillen abgeſchnitten werden, weil bereits das Gegentheil des Beweisthema's erwieſen vorliege. Abgeſehen nämlich davon, daß vom 27. Juli 1845 bis 8. Juli 1846 kein volles Jahr verfloſſen iſt und es daher jedenfalls möglich geweſen wäre, daß eine Befriedigung des Klägers aus den Mitteln der Bank in dem Zeitraum vom 8. bis zum 27. Juli 1846 erfolgt ſei, ſo dürfen auch die in der Urkunde vom 27. Juli 1845 vorkommenden Worte „falls die Rückzahlung des vorgeſchoſſenen Betrags aus den Mitteln der Bank binnen Jahresfriſt nicht möglich ſein ſollte," nicht ſo verſtanden werden, daß der Beklagte ſich auf ſpätere Eingänge nicht ſollte berufen dürfen, vielmehr zu zahlen verpflichtet ſein, und ſeinen Antheil von jenen Eingängen von der Bank zurückfordern müſſen. Der Termin iſt vielmehr nur zu Gunſten des Schuldners hinzugefügt: er ſoll vor Jahresfriſt aus den bisherigen und ſpäteren Vorſchüſſen an die Bank nicht belangt werden dürfen. Wenn er als correus debendi davon hätte ausgeſchloſſen werden ſollen, eine ſeinem Gläubiger gewordene, das ganze Verhältniß ipso jure aufhebende Zahlung nicht für ſich in Anſpruch zu nehmen, ſo hätte es einer ausdrücklichen deßfallſigen Verabredung bedurft, welche nicht vorliegt.

Endlich läßt ſich

3) die fragliche Einrede nicht dadurch für beſeitigt erachten, daß der Beklagte die in der Replik vorkommende Bemerkung, nach dem Abgang des Beklagten von der Rendantur ſei das Guthaben des Klägers geſtiegen, mithin von ſeinem frühern Guthaben nichts eingegangen, durch ſein Stillſchweigen in dem Schlußſatz eingeräumt habe; zwar nicht, wie der Beklagte will, um deßwillen, weil eine ſtillſchweigende Anerkennung nicht vorliege, da in dem Schlußſatz der Inhalt der Vernehmlaſſung wiederholt ſei. Dieſes würde

nämlich nicht für ausreichend erachtet werden können, wenn es sich darum handelte, eine gehörig substantiirte Replik zu beantworten. Eine solche liegt aber nicht vor. Denn daraus, daß das Guthaben des Klägers nach dem Abgang des Beklagten von der Rendantur noch gestiegen ist, läßt sich darauf, daß von dem frühern Guthaben nichts eingegangen sei, kein Schluß ziehen. Vielmehr versteht es sich ganz von selbst, daß die etwaigen von dem Kläger nach dem Abgang des Beklagten von seiner Rendantenstelle der Bank geleisteten Vorschüsse den Beklagten gar nichts angehen, und es kommt lediglich darauf an, ob und inwieweit durch das, was der Kläger an älteren Ausständen aus der Bank bezogen hat, seine Forderung an den Beklagten gedeckt ward. — Es muß demnach bei der Beweisauflage des Appellationsgerichts bewenden, und ist die zweite Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz zu verwerfen. Anders verhält es sich

II. mit dem Verlangen des Klägers, daß der in dem Stadtgerichtsurtheil unter II. ihm auferlegte Beweis anders gefaßt werde, was den Inhalt der ersten Hälfte der ersten Beschwerde der gegenwärtigen Instanz ausmacht.

Auszugehen ist hier von dem Rechtssatz, daß Cession und Verpfändung einer Hypothek, wenn gleich in manchen Beziehungen ihren Folgen nach übereinstimmend, verschiedene Rechtsinstitute sind. Sollte daher der Kläger die Erstere behauptet haben, so hatte der Richter nicht die Befugniß, in dem Beweissatz wie nach Inhalt der in den Gründen gegebenen Erläuterungen angenommen werden muß, die Verpfändung zu substituiren. Es frägt sich daher, wohin die Behauptung des Klägers gegangen ist. Der von ihm in der Klagschrift gebrauchte Ausdruck: „Überlassung" ist nun an sich von der Beschaffenheit, daß man darunter einen Kauf oder eine Hingabe an Zahlungsstatt als causae einer Cession, mindestens eben so wohl, wie eine Überlassung zum Pfande, verstehen kann. Auch folgt daraus, daß nach [7] die fragliche Hypothek der Bank als Caution verpfändet sein dürfte, noch keineswegs mit Sicherheit, daß dasselbe Rechtsverhältniß mit dem Kläger zur Sicherung seiner Privatforderung eingegangen sei. Vielmehr ist es eben so gut möglich, daß eine bedingte Hingabe an Zahlungsstatt für den Fall,

daß Kläger in die Lage kommen sollte, den Beklagten aus der Urkunde vom 27. Juli 1845 in Anspruch zu nehmen, in der Absicht der Contrahenten gelegen hat, von welchem Rechtsgeschäft die Cession Selbstfolge sein würde, da es nach neuestem römischen und heutigem Rechte des in der Cession enthaltenen Mandats die Forderung für sich geltend zu machen, nicht mehr bedarf. Nachdem nun der Beklagte in seiner Vernehmlassung sich darauf beschränkt hatte, eine Überlassung der Hypothek in Abrede zu nehmen, ohne auf die Verschiedenheit der in einer solchen Überlassung möglicherweise liegenden Rechtsverhältnisse hinzuweisen, indem er nur einmal beiläufig jene Überlassung als Verpfändung bezeichnet, hat der Kläger in seiner Replik zu wiederholten Malen die Überlassung als Basis einer Cession bezeichnet, und eine Verpfändung, wenn auch nur in dem Theile der Replik, der sich mit der Intervention beschäftigt, ausdrücklich in Abrede gestellt. Gegen diese Auffassung ist aber von dem Beklagten in der Schlußerklärung keine Einwendung gemacht worden. Es läßt sich daher nicht erklären, weßhalb die Gründe der beiden vorderen Instanzen die Verpfändung der Hypothek der Cession auf Grund einer bedingten Hingabe an Zahlungsstatt substituirt und darnach den Beweis normirt haben. Der Kläger hat also ein Recht darauf, daß solches seinen Auslassungen gemäß geschehe, wobei es jedoch für angemessen erachtet werden mußte, die Ausdrücke „an Zahlungsstatt abtreten," da sie das behauptete Rechtsverhältniß technisch bezeichnen, statt des von dem Kläger gewünschten „(zur freien Verfügung) überlassene" in den Beweissatz aufzunehmen, und dem von dem Kläger gemachten Vorschlag „zum Behuf der Aufbringung der benöthigten Geldmittel und der darauf hin gemachten baaren Vorschüsse" im Anschluß an die Fassung der Urkunde vom 27. Juli 1845 folgendes substituiren „zur Deckung für die der Versicherungsbank gemachten und zu machenden Vorschüsse," indem hiedurch zugleich das Bedenken des Klägers gehoben wird wider eine Fassung des Interlocuts, die so gedeutet werden könnte, jene Hingabe an Zahlungsstatt habe nur Statt gefunden zur Deckung damals schon bestandener Ansprüche. Insoweit war also der ersten Beschwerde des Klägers zu entsprechen: nicht aber

III. dem Verlangen des Klägers, die fragliche Hypothekforderung bis zum Belauf ſeiner Forderung ihm zuzuerkennen, und den Inſatzſchuldner zu deren Auskehrung anzuweiſen, was den Inhalt des zweiten Theils der erſten klägeriſchen Beſchwerde dieſer Inſtanz ausmacht. Dieſe Beſchwerde umfaßt zweierlei:

1) Dem Beklagten gegenüber verlangt der Kläger eine ſofortige Verurtheilung nach ſeiner Seits geführtem Beweis. Allein, wenn gleich das Stadtgericht unter III. über die Folgen des unter II. auferlegten Beweiſes in Betreff der Intervenientin erkannt hat, ſo ergibt ſich daraus noch nicht, wie Appellant vermeint, deſſen Verpflichtung, dem Beklagten gegenüber ein Gleiches zu thun. Vielmehr entſpricht die Befugniß des Richters, das Reſultat einer Beweisführung dem Erkenntniß vorzubehalten, bekannten prozeſſualiſchen Grundſätzen. Dieſes iſt hier geſchehen, und der Kläger hat ſich darüber nicht zu beſchweren, indem ihm bis dahin überall nichts aberkannt worden iſt.

2) Dem Käufer der verpfändeten Mühle gegenüber verlangt der Kläger ein ſofortiges Zahlungsmandat, ſobald er den ihm unter II. auferlegten Beweis erbracht haben werde. Hiebei überſieht derſelbe zunächſt den Umſtand, daß nach ſeinem eigenen Vorbringen in der Replik die der Bank geleiſtete Caution, in ſo weit Beklagter der Geſellſchaft, wie Kläger behauptet, noch verhaftet iſt, von der fraglichen Inſatzforderung vor der klägeriſchen Forderung zu befriedigen ſein wird. Sodann aber iſt das verlangte Zahlungsmandat an einen außerhalb des Rechtsſtreits ſtehenden Dritten überhaupt nicht gerechtfertigt. Der Kläger geht bei ſeinem Verlangen offenbar von der irrigen Anſicht aus, die Zuerkennung einer Forderung ſtehe mit der Zuerkennung einer Sache zum Eigenthum auf einer Stufe; dieſes iſt jedoch nicht der Fall. Durch den geführten Beweis kommt Kläger in die Lage, zum Betrag ſeiner Forderung, welche er an den Beklagten hat, als Ceſſionar des Beklagten, als Cedenten in Betreff einer dem Letzteren gegen einen Dritten zuſtehenden, zugleich hypothekariſch geſicherten Forderung betrachtet zu werden. Der Inhaber des Objects der Hypothek iſt der debitor cessus in Betreff der acceſſoriſchen aus der Verpfändung entſtehenden obligatio. Gegen dieſen iſt der Kläger alsdann

Digitized by Google

berechtigt, mit der hypothekariſchen Klage als Ceſſionar aufzutreten, und wird ſich von ihm die einem debitor cessus etwa zuſtehenden Einreden gefallen laſſen müſſen. Von einem ſofortigen Zahlungsmandat an dieſen Dritten kann daher jetzt nicht die Rede ſein. Bei dieſem Ergebniß des Ungrundes der Beſchwerde aus materiellen Rechtsgründen kann es dahin geſtellt bleiben, ob ſolcher ſchon aus dem formellen Grunde zu verwerfen ſei, weil das Decret vom 22. Mai 1848 das gleiche Verlangen bereits abgeſchlagen hatte.

IV. Die dritte Beſchwerde gegenwärtiger Inſtanz in Betreff des Erkenntniſſes der vorigen über die Koſten, iſt nach Maßgabe der vorſtehenden Ausführungen dahin für begründet zu erachten:

1) Die Koſten der klägeriſchen Appellation voriger Inſtanz ſind nicht dem Kläger allein zur Laſt zu bringen, da ſeine Beſchwerden theilweiſe gegründet ſind.

2) Bei der Vergleichung der Koſten der beklagtiſchen Appellation muß es bewenden, da auf deren Grund das erſte Urtheil theilweiſe abgeändert iſt.

3) Ebenſo bewendet es bei der Ausſetzung des Erkenntniſſes über die Koſten erſter Inſtanz.

Die Koſten gegenwärtiger Inſtanz waren zu vergleichen, da die Beſchwerden des Klägers in einem weſentlichen Punkte für begründet zu erachten waren.

7.

C. K., Civiladhärent, wider **D. H.**, Inculpaten, Entschädigungsansprüche betreffend, zur Untersuchungssache gegen den Letzteren wegen Verwundung des **C. K.**

Aus dem **Erkenntniß des Appellations- als Criminalgerichts** vom 1. November 1852.

In Erwägung

— — — — — — — — —

12) daß hiernach H. zwar wegen Überschreitung der Nothwehr und wegen Verwundung des K. zum Ersatz der Kurkosten und der Versäumniß des K. zu verurtheilen, dagegen mit weiterer Strafe zu verschonen, auch zu einiger Entschädigung des K. wegen bleibenden körperlichen Nachtheils nicht verbunden ist, da sich denselben K. als Urheber des ganzen Streits und des beregten Vorfalls selbst zuzumessen hat,

„wird H., Läugnens ungeachtet, der Verwundung des K. für schuldig erkannt, und hierfür unter Verschonung mit weiterer Strafe

1) zur Zahlung der Kurkosten des K. mit fl. 54. 1 kr., ferner
2) zum Ersatz für versäumte Arbeit vom 7. März bis 8. Mai zu fl. 1 für jeden Tag, wenn K. deren Betrag oder wie viel weniger noch eidlich erhärtet haben wird, endlich
3) zur Tragung der Untersuchungskosten verurtheilt.
4) K. wird mit seinen weiteren Entschädigungsansprüchen abgewiesen."

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. November 1853.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts

der freien Stadt Frankfurt vom 1. November vorigen Jahres dahin abzuändern, daß

1) der Appellant dem Civiladhärenten die dem Letzteren in erster Instanz durch den Beistand eines Anwalts erwachsenen Kosten nach richterlicher Feststellung zu erstatten verbunden sei;

2) in Betreff der Forderung von fl. 2000 wegen bleibenden körperlichen Nachtheils und gestörten Fortkommens der Civiladhärent binnen einer vom Appellationsgericht vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, darzuthun habe:

> „daß und in welchem Maaße der Verlust der Sehkraft seines linken Auges auch noch nach dem 8. Mai 1852 eine bleibende oder vorübergehende Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit zur Folge gehabt habe;“

und im Falle der Führung dieses Beweises wegen richterlicher Festsetzung der Entschädigungssumme und etwaiger eidlicher Bestärkung derselben durch den Civiladhärenten, vom Appellationsgericht weitere Verfügung zu erlassen sei.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden compensirt, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Appellationsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Wenn der Civiladhärent sich darüber beschwert, daß der Inculpat nur zur Zahlung der Kurkosten und zum Ersatz für versäumte Arbeit vom 7. März bis 8. Mai vorigen Jahrs und nicht auch zur Entschädigung von fl. 2000 wegen bleibenden körperlichen Nachtheils und gestörter Existenz, sowie zum Ersatz der Anwaltskosten verurtheilt worden sei, so fragt sich zunächst

I. ob die Verwundung K's von H. auf schuldvolle Weise veranlaßt worden ist. In dieser Beziehung läßt sich freilich

1) der Behauptung des K., daß durch das angefochtene Erkenntniß, welchem sich H. unterworfen, und welches denselben wegen einer Überschreitung der Nothwehr theilweise zu dem geforderten Schadenersatz verurtheilt habe, die culpa des H. bereits rechtskräftig feststehe, nicht beipflichten. Denn wenn gleich das angefochtene Erkenntniß davon ausgeht, daß dem H. ein Exceß in

der Nothwehr zu Last falle, so ist doch ausdrücklich hinzugefügt worden, H. sei zu einer Entschädigung des K. wegen bleibenden körperlichen Nachtheils nicht verbunden, da sich denselben K. als Urheber des ganzen Streites selbst zuzumessen habe. Welche Rechtsansicht nun auch dieser Scheidung der verschiedenen Entschädigungsansprüche zu Grunde liege, so muß doch jedenfalls dem H., wenn er sich dem Urtheil unterwarf, auch der Zusatz, daß K. selbst in culpa sei, zu Gute kommen; H. hat daher durch seine Beruhigung bei dem Urtheil nur die gegen ihn ausgesprochene beschränkte Entschädigungspflicht übernommen, und es muß für die ferneren Entschädigungsansprüche die Frage, ob er allein in culpa sei, noch als eine offene angesehen werden.

Dagegen war

2) nach dem Ergebniß der Acten selbst, die culpa des H. allerdings für erwiesen zu achten. — Die Thatsache, daß H. den K. durch einen Schlag mit dem dicken Ende seiner Peitsche am linken Auge verwundet hat, und dadurch die Sehkraft des Auges vernichtet wurde, steht unzweifelhaft fest, da H. nicht nur bei dem appellationsgerichtlichen Erkenntniß, worin jene Thatsache auf den Grund mehrerer eidlicher Zeugenaussagen als erwiesen angenommen ist, sich beruhigt, sondern auch dieselbe in der Vernehmlassung jetziger Instanz, nur noch zweideutig, eingeräumt hat.

Auch kann an der Zurechnungsfähigkeit des H. kein Zweifel erhoben werden; denn wenn er auch im Anfang der Untersuchung behauptete, er sei von dem gleich zu erwähnenden Faustschlag des K. ganz weg und betäubt gewesen, so muß doch diese Behauptung, da H. sich über den Vorgang später mit voller Bestimmtheit ausgelassen hat, gegenwärtig dieselbe dahin beschränkt, er sei einigermaßen betäubt gewesen, und sich nirgends auf einen Mangel der Zurechnungsfähigkeit, vielmehr ausschließlich nur auf das Recht der Nothwehr beruft, als aufgegeben angesehen werden, wie sie sich denn aus dem Folgenden zugleich als eine unerwiesene darstellt.

Es bleibt daher nur die Frage übrig, ob die Behauptung des H. begründet sei, daß er den Schlag mit der Peitsche in erlaubter Vertheidigung geführt habe, wobei davon auszugehen ist, daß ihm

nach der Peinlichen Gerichts-Ordnung Artikel 141 der Beweis dieſer Behauptung obliegt. H. beruft ſich nun

a) darauf, daß K., während derſelbe in dem entſtandenen Streithandel von anderen Gäſten gepackt und vorwärts geſchoben worden, auch in ſeine Nähe gekommen ſei, und als er ihn ermahnt habe, doch ruhig zu ſein, ihn unverſehends mit der Fauſt auf den Kopf geſchlagen habe, ſo daß er ganz betäubt geweſen ſei. Der Beweis dieſer Behautung, deren Erheblichkeit für die Beſeitigung des Vorwurfs der culpa nicht zu verkennen iſt,

vergl. l. 52. § 1. D. ad legem Aquiliam (9. 2.)

muß aber, abweichend von der Anſicht des Appellationsgerichts, für mißlungen erachtet werden.

— — — — — — — — —

Nach dem dargeſtellten Ergebniß der Acten liegt zu Gunſten des H. höchſtens ſoviel vor, daß, wenn die Sache im gewöhnlichen Gang des Civilprozeſſes verhandelt worden wäre, dem K. noch ein Reinigungseid aufzuerlegen ſein würde. Da derſelbe aber am Schluß der Unterſuchung ſeine ſämmtlichen Ausſagen, alſo auch die, daß er den H. nicht geſchlagen habe, eidlich beſtärkt hat, ſo iſt damit bereits die Ableiſtung des Reinigungseides erſetzt und der Entſchuldigungsbeweis völlig beſeitigt.

— — — — — — — — —

In der Vernehmlaſſung jetziger Inſtanz wird außerdem noch geltend gemacht, H. ſei, auch wenn ein Angriff des K. nicht Statt gefunden habe, dennoch zur Nothwehr berechtigt geweſen, da ihm wenigſtens die Gefahr eines Angriffs gedroht habe; die wogende Menge ſei durch den um ſich ſchlagenden K. bald da-, bald dorthin zum Ausweichen genöthigt worden, habe ſich dem H. entgegengewälzt, und dieſer, den um ſich ſchlagenden K. auch für ſich fürchtend, habe, um ihn abzuhalten und um überhaupt aus dem Gedränge zu kommen, abwehrend mit ſeiner Peitſche in die Richtung hingeſchlagen, wo er die Gefahr am meiſten gefürchtet habe.

Auch dieſe Entſchuldigung iſt jedoch unbegründet. Bloß zu dem Zweck, um das ihm läſtige Gedränge abzuhalten, war H. keineswegs berechtigt, mit ſeiner Peitſche nach den in der Menge

befindlichen Menſchen hinzuſchlagen und damit vielleicht einen völlig Unſchuldigen zu treffen.

Vergl. l. 45. § 4. D. ad leg. Aquil.

Wenn aber K. in dem Gedränge um ſich ſchlug, ſo hatte doch H. keine Urſache, für ſich einen Angriff von ihm zu beſorgen, da er ſich bewußt war, an dem Streithandel völlig unbetheiligt zu ſein. Überdies liegt für die Behauptung, daß K. zu der Zeit, da er nach der Thür zu gedrängt wurde, mit der Fauſt um ſich geſchlagen habe, kein anderer Beweis vor, als für den angeblich von ihm gegen H. geführten Schlag, indem von allen Zeugen wieder nur Zeuge H. jene Behauptung beſtätigt hat.

II. Iſt es nun nach dem Bisherigen für erwieſen zu halten, daß die Verwundung des K. durch eine ſchuldvolle Handlung des H. herbeigeführt wurde, ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß der Letztere, ohne daß auf den Grad ſeiner culpa etwas ankommen könnte,

vergl. l. 31. l. 44. pr. D. ad leg. Aquil.

zum vollen Schadenserſatze verbunden iſt. Denn die Actio legis Aquiliae geht auf das ganze Intereſſe des Beſchädigten,

l. 21. § 2. l. 22. D. eod.

ſomit auch auf einen entgangenen Gewinn, ſobald derſelbe als ein hinreichend ſicherer betrachtet werden kann.

l. 23. pr. § 2. l. 33. pr.
vergl. mit l. 29. § 3. eod.
v. Vangerow, Pand. III. Seite 42 ff.

Insbeſondere wird bei Körperverletzungen ausdrücklich anerkannt, daß nicht bloß Erſatz der Kurkoſten, ſondern auch Vergütung des während der Heilung verſäumten Arbeitslohnes, ſowie des durch vernichtete oder geſchmälerte Arbeitsfähigkeit für die Zukunft entgehenden Erwerbes gefordert werden kann.

l. 7. pr. D. ad leg. Aquil.
vergl. mit l. 3. D. si quadrup. (9. 1.) und l. ult. D. de his qui effud. (9. 3.)

Ob die Beſchränkungen dieſer im Allgemeinen unbeſtrittenen Regel, welche von manchen Rechtslehrern für den Fall behauptet worden ſind, wo eine Körperverletzung durch einen Exceß in der

Nothwehr entstanden ist, sich gesetzlich rechtfertigen lassen, kann dahingestellt bleiben, da nach der obigen Ausführung unter I. ein solcher Fall hier nicht vorliegt.

Prüft man hiernach die jetzt in Frage stehenden einzelnen Entschädigungsansprüche, so ist

1) die von K. geforderte Erstattung der ihm durch Bestellung eines Anwalts in erster Instanz erwachsenen Kosten begründet, da es demselben unbezweifelt frei stehen mußte, zur gehörigen Verfolgung seiner Civiladhäsion einen Anwalt anzunehmen, und die deßhalb aufgewendeten Kosten als eine Folge der widerrechtlich erlittenen Verletzung angesehen werden müssen. Ebenso begründet erscheint an sich

2) der Anspruch auf eine Entschädigung für verminderte Arbeitsfähigkeit. Allein nicht nur fehlt es für die geforderte Summe von fl. 2000 zur Zeit an jedem Beleg, sondern es ist auch die thatsächliche Grundlage des ganzen Anspruches, nämlich die Behauptung des K., daß seine Arbeitsfähigkeit auch nach seiner mit dem 8. Mai vorigen Jahres beendigten Heilung für immer oder vorübergehend noch eine verminderte geblieben sei, indem er seine frühere Profession als Kunstgärtner nicht mehr, oder doch nicht mehr im vorigen Umfang, betreiben könne, sowohl in der Vertheidigungsschrift des H., als in der Vernehmlassung jetziger Instanz in Abrede gestellt worden, und ein Beweis dafür liegt in den bisherigen Acten ebenso wenig vor, als ein Gegenbeweis. Das Gutachten des Physicus vom 8. Mai vorigen Jahrs erklärt zwar den K. im Allgemeinen wieder für arbeitsfähig; dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß die Arbeitsfähigkeit gegen die Zeit vor der Verwundung und in besonderer Beziehung auf die Profession K's. eine verminderte sein könne. Andererseits erklärt das Gutachten, K. könne noch nicht jede Arbeit, namentlich keine schwerere, verseben; für die Zukunft werde er, wenn auch etwas erschwert, seiner Gärtnerbeschäftigung wieder vorstehen können, das Tragen einer blauen Brille werde ihm hier sehr zu Statten kommen. Hier ist zwar eine Erschwerung der Arbeit bezeugt, ob und in wie weit aber dieselbe auf einen verminderten Erwerb von Einfluß sei, ob insbesondere K. die Kunstgärtnerei betrieben habe und nun zu betreiben gehindert sei, ist nicht daraus zu entnehmen. Auch die

mit der Vernehmlaſſung jetziger Inſtanz beigebrachte Beſcheinigung, daß K. bei ſeinem Vater das Geſchäft als Gemüſegärtner betreibe, iſt für ſich allein nicht geeignet, einen Gegenbeweis zu liefern, da der beſcheinigte Umſtand mit der obigen Behauptung des K. gar nicht im Widerſpruch ſteht.

Das in der Schlußbitte des Appellationslibells enthaltene Erbieten zum Würderungseid kann den Civiladhärenten des ihm obliegenden Beweiſes nicht entheben. Das juramentum in litem iſt bei der actio legis Aquiliae unſtatthaft, und obwohl dadurch nicht ausgeſchloſſen wird, vielmehr auch im vorliegenden Falle ganz angemeſſen ſein kann, daß die Höhe der Entſchädigungsſumme zum Behuf einer richterlichen Feſtſetzung vom Beſchädigten eidlich bestärkt werde,

vergl. Frankfurter Präjudicat, Weſtbrook ca. Dettmer 1843. *)

ſo ſetzt dies doch immer den vorgängigen Beweis der erlittenen Beſchädigung ſelbſt voraus.

Übrigens mußte davon ausgegangen werden, daß das angeordnete Beweisverfahren bei dem Appellationsgericht, als dem Gerichte, vor welchem der Rechtsſtreit begonnen hat und daher auch zu beendigen iſt, einzuleiten ſei, wie ſolches auch ſchon in früheren Fällen erkannt worden iſt.

Unterſuchungsſachen ca. Umpfenbach 1837.
Reinach ca. Wiſſenbach 1845. *)

Die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz waren, da kein Bedenken obwalten kann, in dieſer Beziehung den Regeln des Civilprozeſſes zu folgen, wegen der Abänderung des vorigen Erkenntniſſes in der Hauptſache zu compenſiren.

Auszug aus den S. 77 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. Weſtbrook ca. Dettmer 1843.

Der Civiladhärent beſchwert ſich

1. daß ſeine Entſchädigungsforderung wegen des verminderten Werthes ſeiner Leiſtungen als Opernſänger verworfen worden ſei,

*) Siehe Seite 77 bis 79.

und trägt darauf an, ihn, eventualiter nach einem vorgängigen Beweiſe über dieſes Factum, zu einem juramentum in litem über die Summe von fl. 2000 zuzulaſſen.

Dieſer Beſchwerde war nun dahin Statt zu geben, daß dem Civiladhärenten über die Exiſtenz des behaupteten Schadens an ſich der in dem jetzigen Erkenntniſſe feſtgeſetzte, ſeinen factiſchen Angaben entſprechende Beweis aufzuerlegen, und nach deſſen Führung zwar nicht die Zulaſſung des Civiladhärenten zu einem eigentlichen juramentum in litem — welches bei der hier angeſtellten Klage unſtatthaft iſt —

L. 5. pr. L. 6. D. de in lit. jur.

wohl aber die richterliche Feſtſetzung einer angemeſſenen Entſchädigungsſumme und deren allenfallſige eidliche Beſtärkung durch den Civiladhärenten zu verfügen war, indem dieſes letztgedachte Verfahren in Fällen, wo ein Beweis über das Quantum des Schadens den Umſtänden nach unthunlich erſcheint, wenngleich dieſelben zu einem juramentum in litem nicht geeignet ſind, allerdings eintreten kann.

L. 5. § 4. D. L. 2. C. de in lit. jur.
L. 15. § 9. D. quod. vi.
Heig quaestion. civ. Lib. 2. qu. 2. Nr. 35.

b. Diehl ca. Umpfenbach 1837.

Es konnte daher auf der einen Seite den Appellanten gegenwärtig überall noch nichts zugeſprochen, und auf der andern Seite ihr Anſpruch nicht auf die Summe von Rthlr. 100 beſchränkt werden, wenn ſie wirklich im Stande ſind einen größern Schaden zu beweiſen.

L. 7. pr. D. ad leg. Aquil.
L. 7. D. de his qui effuder.

Jenes Beweisverfahren war, obgleich die Criminalſache nunmehr erledigt iſt, beim Appellationsgerichte anzuordnen, da der Erblaſſer der Appellanten bei dieſem eine förmliche Civiladhäſion anhängig gemacht hat, und es ein allgemeiner Rechtsgrundſatz iſt, daß ein Prozeß bei demjenigen Richter, bei welchem er angefangen worden, zu Ende gebracht werden muß, namentlich

auch in dem Falle, wenn die Gründe, auf welchen die Competenz des Richters beruht, nach der Litiscontestation wegfallen:

L. 19. pr. D. de jurisdict.

L. 7. L. 30. D. de judiciis.

Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte Theil 3. Seite 501 und 502.

und versteht es sich übrigens von selbst, daß hierdurch das richterliche Ermessen demnächst, wenn für dasselbe eine factische Basis vorhanden sein wird, bei der Festsetzung des Quantums nicht ausgeschlossen ist.

c. Reinach ca. Wissenbach 1845.

Ferner hat sich das Ober-Appellationsgericht schon früher über die Competenz der Gerichte bei Civiladhäsionen und das dabei zu beobachtende prozessualische Verfahren dahin ausgesprochen, daß, sobald bei dem Schlusse der Criminalunterſuchung ein genügender Beweis über diejenigen factischen Verhältnisse, wodurch eine Verpflichtung des Angeschuldigten zum Schadenserſatz an sich begründet wird, in den Acten vorliege, von dem Criminalgerichte, also in Frankfurt vom Appellationsgerichte selbst über diese Schadensansprüche zu erkennen und der Civiladhärent damit nicht an die Civilgerichte zu verweisen, auch demselben die weitere Liquidation über den Betrag des Schadens beim Appellationsgerichte zu eröffnen sei;

in den angeführten Sachen:

Diehl Erben ca. Umpfenbach und

Welter ꝛc. ca. Baruch Halle ꝛc.

8.

Josephine Klemm geb. Kummer zu Wien, Klägerin, wider die Curatel über **Joh. Ludwig Lemmé**, Beklagte, Forderung von fl. 3500 Conv. Münze betreffend.

Bescheid des Stadtgerichts I. vom 27. April 1853:

Communicetur und wird dem Fiscal für die Summe von fl. 3500 Conv.-Münze in Silberzwanzigern nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 12. August 1848, sowie neun Zehntel der auf fl. 45. 16 kr. bestimmten Kosten und der Kosten des gegenwärtigen Anrufens mit fl. 2. 5 kr., die Execution gegen die Ludwig Lemme'sche Curatel hierdurch aufgetragen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 27. Mai 1853.

Es wird — — unter Zuziehung zweier Herren Handlungs-Assessoren zu Recht erkannt:

In Erwägung, daß die Schuldurkunde d. d. Wien den 12. August 1848 die Worte enthält:

> „Da wir dem Herrn Moritz Czech aus einem von ihm erhaltenen Darlehen den Betrag von fl. 3500 C. M. in K. K. österreichischen Silberzwanzigern, drei Stück auf fl. 1 und sechzig auf eine Cölnische Mark Silber gerechnet, schuldig geworden sind, so verpflichten wir uns, diesen Darlehnsbetrag von fl. 3500 C. M. an den Herrn Darleiher und dessen Cessionaren mit fl. 3500, drei Stück K. K. österreichische Silberzwanziger auf fl. 1 gerechnet und sechzig auf eine Cölnische Mark Silbers gerechnet, mit Ausnahme alles und jeden Papiergelds oder sonstiger Vorstellungszeichen, in Wien zurückzubezahlen."

daß das Petitum im Klaglibell ausdrücklich auf fl. 3500 C. M. in Silberzwanzigern nebst Zinsen lautet,

daß im ſtadtgerichtlichen Erkenntniß vom 5. September 1851, welches durch ober-appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 8. März 1853 beſtätigt worden, die Verurtheilung nur im Allgemeinen auf fl. 3500 C. M. nebſt Zinſen lautet, zu deren Zahlung eine Friſt vorberaumt werden ſoll,

daß durch ſtadtgerichtliches Decret vom 8. April 1853 zu Befolgung des Erkenntniſſes vom 5. September 1851 eine vierzehntägige Friſt vorberaumt worden,

daß das Erkenntniß vom 5. September 1851 von dem Stadtgericht — nach der jedem Gericht zuſtehenden Befugniß, dunkle Urtheile zu erklären — durch Decret vom 18. April 1853 dahin erklärt worden, daß,

„da die Verurtheilung der Beklagten auf fl. 3500 in C. M. laute, und die Zahlung dahier zu geſchehen habe, es ſich von ſelbſt verſtehe, daß dieſelbe in Silbergeld zu leiſten ſei,"

daß die Einrede, welche jetzt in der Executionsinſtanz vorgebracht wird, in dem ganzen frühern Verfahren nicht vorgeſchützt worden iſt, wie nach dem Geſetz vom 22. November 1842

Statuten-Sammlung. Bd. VIII. Seite 21.

hätte geſchehen müſſen, auch keine erſt neuerdings entſtandene Einrede iſt,

daß unter dieſen Umſtänden, da die Geldſortenfrage in den früheren Verhandlungen nicht angeregt worden, auf die Beſtimmungen des K. K. Patents vom 2. Juni 1848 nichts ankommen kann,

daß, wenn auch der klägeriſche Anwalt in dem Anrufen um Execution nur allgemein auf Capital, Zinſen und Koſten die Bitte ſtellte, dennoch das Stadtgericht, als es in dem darauf am 27. April 1853 ergangenen Decret dem Fiscal die Execution auf die Summe von fl. 3500 C. M. in Silberzwanzigern auftrug, nicht ultra petita ging, da dieſem Executionsanrufen, das frühere Erläuterungsgeſuch, worin namentlich um Zahlung in Silberzwanzigern, drei Stück auf fl. 1 gerechnet, gebeten wurde, vorherging, ſonach auf erſterem beruhte,

„wird die gegen das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom

27. April 1853 erhobene Appellation als ungegründet abgeschlagen, auch Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt, und soll, wenn gegenwärtiges Erkenntniß die Rechtskraft beschritten haben wird, wegen Aufhebung der durch Decret vom 11. Mai 1853 verfügten Inhibition, weitere Verfügung erfolgen."

Auf weitere Appellation der Beklagten wurde vorstehendes Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 10. December 1853 aus nachfolgenden Gründen bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Soviel

A. die Hauptsache betrifft, so ist

I. die Appellation der Beklagten mit Unrecht von der Klägerin als unzulässig angefochten worden. Der Einwand wird lediglich darauf gestützt, daß das stadtgerichtliche Decret vom 18. April dieses Jahres, wodurch das Urtheil vom 5. September 1851 und die Zahlungsauflage vom 8. April dieses Jahres dem Antrage der Klägerin gemäß erläutert worden sei, in Rechtskraft übergegangen, das darauf beruhende weitere Decret vom 27. April dieses Jahres daher nur als Inhäsivbescheid anzusehen sei, gegen welchen eine Appellation nicht stattfinde. Allein, wollte man auch davon ausgehen, so würde daraus doch die Unzulässigkeit der jetzigen Ober-Appellation nur dann folgen, wenn das Appellationsgericht eben aus diesem Grunde die von der Beklagten gegen jenes Decret ergriffene Appellation als unstatthaft verworfen und es bei dem stadtgerichtlichen Decret vom 4. Mai dieses Jahres, welches dem Rechtsmittel den Lauf versagte, belassen hätte. Dies ist jedoch nicht geschehen, vielmehr hat das Appellationsgericht unverkennbar die Statthaftigkeit des Rechtsmittels stillschweigend vorausgesetzt, indem es dem Antrag der Beklagten auf Inhibition des Executionsverfahrens entsprach, darauf die Appellation nur aus anderen, in die Sache selbst eingehenden Gründen verwarf, und eine Wiederaufhebung der verfügten Inhibition erst dann in Aussicht stellte, wenn das nunmehrige Erkenntniß (zweiter Instanz) rechtskräftig geworden sein werde. Gegen diese, die Appellationsbeschwerden

als materiell unbegründet verwerfende Entſcheidung mußte der Beklagten unbezweifelt die Ober-Appellation freiſtehen, wodurch indeſſen der Frage, ob das ſtadtgerichtliche Decret vom 27. April wirklich als ein bloßer Inhäſivbeſcheid anzuſehen ſei, keineswegs präjudicirt iſt, da das Appellationsgericht ſeine Anſicht nicht zu einem Deciſum gemacht hat, der Klägerin es daher nicht zum Nachtheil gereichen kann, wenn ſie es unterließ, eine Beſchwerde dagegen zu erheben.

II. Die Beſchwerde der Beklagten, daß das ſtadtgerichtliche Decret vom 27. April dieſes Jahres, wodurch dem Fiscal die Execution für die Summe von fl. 3500 C. M. in Silberzwanzigern nebſt Zinſen und Koſten aufgegeben wurde, beſtätigt und nicht vielmehr, in Folge der von der Beklagten am 26. April dieſes Jahres geleiſteten Zahlung wieder eingezogen worden ſei, mußte aber als unbegründet verworfen werden.

1) Die Frage, ob die der Klägerin zuerkannte Summe von fl. 3500 C. M. nebſt Zinſen nach ihrem vollen Werth in Silbergeld zu verſtehen, oder ob die Beklagte berechtigt geweſen ſei, dieſelbe in Wiener Banknoten oder nach dem Frankfurter Cours derſelben abzutragen, iſt zur Zeit weder zu Gunſten der einen, noch der andern Partei rechtskräftig entſchieden.

a) Das ſtadtgerichtliche Urtheil vom 5. September 1851 berührt jene Frage ebenſo wenig im Deciſum als in den Entſcheidungsgründen, indem es die Beklagte zu fl. 3500 C. M. ohne weitern Zuſatz verurtheilt hat. Der Ausdruck „Conventions-Münze" iſt ein allgemeiner, welcher nur den Münzfuß anzeigt. Gegen die Klägerin kann er daher, ungeachtet die Klagbitte auf Zahlung „in Silberzwanzigern" gerichtet war, nicht entſcheidend ſein, da er mit dieſer Bitte nicht in Widerſpruch ſteht, ſie alſo nicht verworfen hat. Nach den in Frankfurt beſtehenden Münzverhältniſſen

Geſetz vom 23. Januar 1838. § 4.

würde ſogar vorausgeſetzt werden können, daß die Abſicht des Gerichts auf eine Zahlung des vollen Betrags in Silbergeld gerichtet geweſen ſei, und nur dadurch wird dieſe Annahme zweifelhaft, daß eine urſprünglich in Oeſterreich zu erfüllende Schuld in Frage ſtand. Andererſeits iſt auch die von der Klägerin verſuchte

Ausführung, daß das Auslaſſen der Worte „in Silberzwanzigern“ in dem Urtheil bloß auf einem Verſehen der Urtheilsabfaſſung beruhe, unerheblich. Denn, wenn dies auch richtig wäre, ſo kann doch die Abſicht des erkennenden Richters für ſich allein noch kein Recht unter den Parteien begründen.

Es muß daher anerkannt werden, daß das ſtadtgerichtliche Urtheil noch einer näheren Beſtimmung in Anſehung der Münzſorte bedurfte.

b) Eine rechtskräftige ſpätere Erläuterung liegt aber in dieſer Beziehung nicht vor. Das ſtadtgerichtliche Decret vom 8. April dieſes Jahres gab der Beklagten nur auf, dem Urtheil vom 5. September 1851 nunmehr unbedingt Folge zu leiſten, änderte oder ergänzte daher das Urtheil nicht, ſo daß es der Beklagten unſchädlich bleiben mußte, wenn ſie ſich bei der Abſchlagung ihrer dagegen eingewendeten Appellation beruhigte. Das weitere Decret vom 18. April erläutert nun zwar das Urtheil allerdings in dem von der Klägerin geltend gemachten Sinne. Denn wenn es hier auch bloß heißt, es verſtehe ſich von ſelbſt, daß die in Conventionsmünze zuerkannte Summe „in Silbergeld“ zu leiſten ſei, ſo konnte damit, da das Stadtgericht ſich darauf ſtützte, daß die Zahlung in Frankfurt zu geſchehen habe, nichts Anderes gemeint ſein, als daß ſo viel in Silbergeld gezahlt werden müſſe, als die auf Conventionsgeld lautende Summe nach Frankfurter Währung in Silber ausmache, zumal da die vorausgegangene Bitte der Klägerin ausdrücklich auf die Erläuterung gerichtet war, daß die Zahlung in Silberzwanzigern, drei Stück auf fl. 1 gerechnet, zu geſchehen habe, und das Stadtgericht theils durch den im Decret gebrauchten Ausdruck, „es verſtehe ſich von ſelbſt,“ theils durch ſein völliges Stillſchweigen über die eventuell von der Klägerin angezeigte Appellation hinreichend zu erkennen gab, daß der Antrag der Klägerin durch das Decret erledigt werden ſollte.

Das Decret iſt auch der Beklagten inſinuirt und von ihr weder durch eine Gegenvorſtellung, noch durch ein Rechtsmittel angefochten worden, was ihr doch unbezweifelt freigeſtanden haben würde. Allein daſſelbe iſt ohne vorgängiges Gehör der Beklagten auf den einſeitigen Antrag der Klägerin erlaſſen worden. Denn

wenn auch die Münzsorte bereits in der Klage zur Sprache gebracht war, und die Beklagte in dem Verfahren über die Klage sich darüber zu äußern Veranlassung hatte, so war doch die Frage: ob das ergangene Urtheil den von der Klägerin geltend gemachten Sinn habe, oder erst einer Ergänzung bedürfe? eine neue, und der Beklagten vor dem Decret vom 18. April noch keine Gelegenheit gegeben worden, sich darüber zu erklären. Nun darf es aber dahingestellt bleiben, ob es richtig ist, daß richterliche Decrete, um der Rechtskraft fähig zu sein, unter allen Umständen ein beiderseitiges Gehör der Parteien voraussetzen,

vergl. Bayer Vorträge ed. 7. Seite 243 f. und 256.

denn jedenfalls kann ein Decret, welches auf den einseitigen Antrag einer Partei etwas zum Nachtheil der anderen Partei verfügt, der letzteren gegenüber nicht rechtskräftig werden,

l. 5. C. comminationes (7. 57.)

wie dies auch von denen anerkannt wird, die nicht unbedingt ein beiderseitiges Gehör als Bedingung der Rechtskraft aufstellen.

Blanck Beweisurtheil. Seite 170. Note 1.

Sonach war die Beklagte noch gegen das weitere Decret vom 27. April dieses Jahres zu remonstriren und Rechtsmittel zu ergreifen berechtigt.

2) Die von dem Anwalte der Beklagten wiederholt aufgestellte Behauptung, das Decret vom 27. April gehe über die Anträge der Klägerin hinaus, ist frivol und bereits in den Entscheidungsgründen des vorigen Erkenntnisses genügend widerlegt.

Hiernach kann es nur noch darauf ankommen, ob

3) die in den beiden stadtgerichtlichen Decreten vom 18. und 27. April dieses Jahres dem Urtheil vom 5. September 1851 gegebene Erläuterung an sich nach der Actenlage gerechtfertigt war. Dies mußte aber bejaht werden. Mit Recht hat nämlich

a) das Appellationsgericht angenommen, daß die Beklagte gegenwärtig nur eine versäumte Einrede geltend zu machen versuche. Da die Klagbitte ausdrücklich auf Zahlung in Silberzwanzigern gerichtet wurde, und dies nicht nur dem Inhalt des der Klage zu Grunde liegenden Schuldocuments entsprach, sondern aus demselben, insofern darin die Ausschließung allen Papiergeldes

noch ausdrücklich zugesetzt war, auch seine unzweideutige nähere Erklärung erhielt, so war die Behauptung, daß trotz der deßfallsigen Verabredung der Contrahenten die Beklagte nach österreichischen Gesetzen berechtigt sei, in Wiener Banknoten oder nach deren Cours in Frankfurt zu zahlen, eine Einrede, welche durch Berufung auf die betreffenden österreichischen Gesetze begründet werden mußte. Diese Einrede gehörte auch keineswegs erst in die Executionsinstanz, da sie mit dem Executionsverfahren in gar keinem Zusammenhange steht, vielmehr die Größe der Summe betrifft, welche die Klägerin aus dem abgeschlossenen Darlehnsvertrag mittelst der in Frankfurt erhobenen Klage rechtlich fordern durfte. Der Einwand hätte daher schon in der Vernehmlassung auf die Klage als Einrede der Zuvielforderung gehörig vorgeschützt werden müssen.

b) Die Einrede, wie sie in den neuesten Verhandlungen geltend gemacht worden ist, stellt sich aber auch materiell als verwerflich dar. Zwar unterliegt es nach den Entscheidungsgründen des unter dem 8. März dieses Jahres dahier ergangenen Erkenntnisses keinem Zweifel, daß die Wirkungen des in Frage stehenden Darlehns- und Cessionsgeschäfts, weil darin Wien ausdrücklich als Zahlungsort bestimmt wurde, nach österreichischem Recht beurtheilt werden müssen. Wenn daher die Klägerin bei Zurückzahlung des Darlehns in Wien sich die Abtragung desselben in Wiener Banknoten hätte gefallen lassen müssen, so würde sie in Folge der in Frankfurt erhobenen Klage nicht mehr in Anspruch nehmen können, als eine dem Werth einer solchen Zahlung nach dem Frankfurter Cours jener Banknoten entsprechenden Summe.

L. 2. pr. § 8. l. 3. D. de eo quod certo loco (13. 4.)
l. un. C. ubi conveniatur qui certo loco (3. 18.)

Allein die Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin bei Zahlung der vorliegenden Schuld in Wien die dortigen Banknoten zu ihrem vollen Nennwerthe hätte annehmen müssen, wird durch das in zweiter Instanz beigebrachte österreichische Patent vom 2. Juni 1848 nicht begründet. Allerdings hat dieses Patent einen Zwangscours der Banknoten nach ihrem Nennwerthe „bei allen Zahlungen“ eingeführt. Wenn es aber schon bedenklich sein würde, diese Vorschrift auf die aus früheren Verträgen zu leistenden Zahlungen

unbedingt und ohne Rückſicht auf die ſtipulirten Zahlungsmittel anzuwenden, ſo läßt ſich doch noch weniger annehmen, daß auch alle künftigen vertragsmäßigen Verabredungen, wodurch eine Zahlung in beſtimmten Silbermünzen bedungen und eine Zahlung in Papiergeld ausdrücklich ausgeſchloſſen werden würde, für unwirkſam hätten erklärt werden ſollen. Eine ſo ſinguläre Beſtimmung kann nach allgemeinen Auslegungsregeln aus den Worten „bei allen Zahlungen," welche eben ſo gut die beſchränktere Bedeutung aller ohne nähere Beſtimmung des Zahlungsmittels ſchuldigen Summen zulaſſen, nicht gefolgert werden, und hätte vielmehr eines ausdrücklichen Ausſpruchs im Geſetze bedurft; eine etwa in Oeſterreich beſtehende Praxis zu Gunſten einer ſolchen Interpretation iſt aber von der Beklagten nirgends mit genügender Beſtimmtheit behauptet worden.

Die Beklagte hat ſich zwar in erſter Inſtanz auf ein öſterreichiſches Hofdecret vom Jahre 1849 berufen, wonach ſämmtliche auf Silberzwanziger lautende Schuldverbindlichkeiten und ſelbſt die hierauf lautenden öſterreichiſchen Urtheile in Wiener Bankvaluta bezahlt werden könnten. Abgeſehen davon indeſſen, daß die Art, wie die Beklagte ſich in zweiter Inſtanz bei der Production des Patents vom 2. Juni 1848 geäußert hat, kaum bezweifeln läßt, daß dieſes Patent eben das öſterreichiſche Geſetz ſei, welches mit jenem Hofdecret von 1849 gemeint war, iſt doch auch die Angabe über den Inhalt dieſes letzteren zu allgemein, um zur gehörigen Begründung der Einrede zu dienen, indem ſich daraus namentlich nicht entnehmen läßt, ob auch jede ausdrückliche Vertragsbeſtimmung über Zahlung in beſtimmter Silbermünze und Ausſchluß von Papiergeld in der Verordnung für wirkungslos erklärt worden ſei.

B. Folgt aus dem Bisherigen, daß die Appellation der Beklagten gegen das ſtadtgerichtliche Decret vom 27. April dieſes Jahrs in voriger Inſtanz mit Recht verworfen worden iſt, ſo kann ihr auch die Verurtheilung in die Koſten zweiter Inſtanz nicht zur Beſchwerde gereichen, wie ihr denn die Erſtattung der Koſten jetziger Inſtanz gleichfalls aufzuerlegen war.

9.

Joh. Philipp Klingler Ehefrau, geb. Wallstein, Intervenientin, wider **Kuenzer & Comp.** zu Freiburg, Interventen, zur Sache der Letzteren, Klägerin wider **Joh. Ph. Klingler,** Beklagten, wegen einer Forderung von fl. 708, insbesondere Execution betreffend.

Nach rechtskräftig gewordenem Erkenntniß in der Hauptsache, wodurch der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Forderung verurtheilt worden war, waren nachfolgende, die Execution betreffende, weitere Bescheide ergangen:

Bescheid des Stadtgerichts I. vom 3. Januar 1851.

Wird für die Summe von fl. 708 ꝛc. das richterliche Pfandrecht auf den Antheil des Beklagten an dem Hause Lit. O. Nr. 152 verfügt:

Bescheid des Stadtgerichts I. vom 27. October 1852.

Da die erhobene Klage ausschließlich gegen den hiesigen Bürger und Weingärtner J. P. Klingler gerichtet gewesen ist und auch nicht gegen dessen Ehefrau mitgerichtet werden konnte, weil dieselbe für die betreffende, von Ersterem verbürgte, nicht als eine Eheschuld zu betrachtende Schuld, keineswegs aufzukommen hatte, diesemnach aber der klägerische Anwalt sich um so weniger dazu hergeben durfte, die Execution auf die der Klingler'schen Ehefrau zugehörende ideelle Hälfte des Hauses Lit. O. Nr. 152 zu beantragen,

„so werden die gestellten, durchaus unbegründeten und unstatthaften Anträge verworfen."

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 24. December 1852.

In Erwägung:

1) daß nach Inhalt des zwischen Alexander Klingler und der Klingler'schen Handlung am 22. Januar 1847 abgeschlos-

ſeuen Vertrags nur der Vater des Alexander Klingler, Philipp Klingler, ſich für ſeinen Sohn bis zur Summe von fl. 1000 verbürgt hat, daß derſelbe die Verbindlichkeit allein übernommen und ſeine Ehefrau nur dazu eingewilliget hat, daß ihr gemeinſchaftliches Haus Lit. O. Nr. 152 während der Dauer dieſes Contracts nicht veräußert oder höher belaſtet werde,

2) daß aber hierin eine Verbürgung der Ehefrau überhaupt nicht und eine rechtsgültige in keiner Weiſe zu finden iſt,

3) daß mithin — wie auch in dem frühern Rechtsſtreit geſchehen — nur der Ehemann aus dieſer Bürgſchaft belangt werden konnte, und durch rechtskräftiges, ſtadtgerichtliches Decret vom 3. Januar laufenden Jahres nur auf den ideellen Hausantheil des Ehemannes Philipp Klingler ein Pfandrecht für deſſen liquide Schuld von fl. 708 erkannt würde,

— — — — — — — — —

wird das ſtadtgerichtliche Decret vom 27. October laufenden Jahres beſtätigt.

Zur Abwendung der Verſteigerung des Hauſes für den ideellen Antheil des Klägers trat deſſen Ehefrau mit einer Intervention gegen den Beklagten auf, welche den Gegenſtand des dermaligen Rechtsſtreites bildet.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 27. Juni 1853.

In Erwägung, daß

1) der Beklagte mit ſeiner Ehefrau, der jetzigen Intervenientin, das Haus Lit. O. Nr. 152 ſeiner Zeit erkauft und ſomit die ideale Hälfte dieſes Hauſes eigenthümlich erworben hat, daß

2) von der Klägerin auf den Antheil des Beklagten an dem fraglichen Haus ein richterliches Pfandrecht erwirkt, hieraufhin die Ausklage vorgenommen und demnächſt die Verſteigerung der idealen Hälfte des Beklagten dem Fiscal gerichtlich aufgegeben worden iſt, daß

3) der Umſtand, daß die intervenientiſche Ehefrau des Beklagten Eigenthümerin der andern idealen Hälfte des Hauſes iſt, die Klägerin an der Geltendmachung des erlangten richterlichen Pfandrechts und

daher auch an der Zwangsversteigerung des Pfandobjects nicht hindern kann, daß

4) ebenso wenig die solidarische Verbindlichkeit, welche die Intervenientin als Mitinsatzschuldnerin, dem ersten Insatzgläubiger gegenüber, übernommen gehabt hat, das Pfandrecht der Klägerin berührt, als es der Intervenientin zusteht, das übrigens durch das klägerische Vorschreiten in keiner Weise gefährdete Recht des ersten Insatzgläubigers zu vertreten, und daß

5) hiernach die vorliegende Intervention sich als durchaus unbegründet herausstellt,

„wird die Intervenientin unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Intervention abgewiesen."

Die von der Intervenientin gegen dies Erkenntniß verfolgte Appellation wurde durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 5. August 1853 und durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 19. December 1853 verworfen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Intervention der beklagtischen Ehefrau und die wegen deren Abweisung erhobene und weiter anher verfolgte Beschwerdeführung derselben war, obschon man im Allgemeinen dem Anwalte derselben soviel wird zugeben dürfen, daß die unter Ehegatten bestehende Vermögensgemeinschaft nicht schlechthin nach den das gewöhnliche Miteigenthum regelnden Grundsätzen sich beurtheilen lasse, aus folgenden Gründen zu verwerfen:

I. Geht man, was viel für sich hat, davon aus, daß

1) die hier in Frage stehende Schuld des Mannes, obschon formell nur allein von ihm übernommen, eigentlich als eine wahre Eheschuld, nicht etwa bloß mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Übernahme, sondern auch nach ihrem Anlaß und Zweck um deßhalb anzusehen wäre, weil die betreffende Bürgschaft, um dem Klingler'schen Sohn in dem klägerischen Geschäfte die vortheilhafte Stellung eines Reisenden zu verschaffen, nothwendig und gleichsam Bedingung der demselben damit eröffneten selbstständigen Versor-

gung war, ſolchen Falls aber die Verpflichtung zur Beihülfe beide Eltern trifft und erwägt, man zugleich

2) daß Intervenientin Inhalts der von ihr mitunterzeichneten Eingabe, wegen der auf das gemeinſchaftliche Haus einzutragenden Nichtveräußerungs- ꝛc. Clauſel, mit der vom Manne übernommenen Haftungsverbindlichkeit bekannt und durchaus einverſtanden geweſen iſt, ſo erſcheint

3) die Beſchränkung der von den Klägern nachgeſuchten Execution und des ihnen auf Grund ihrer Rachtungsklage zuerkannten Pfandrechts auf des Ehemannes Antheil an dem unbeſtrittenermaßen von den Klingler'ſchen Eheleuten während ihrer Ehe erkauften und auf Beider Namen im Transſcriptionsbuch eingetragenen Hauſe Lit. O. Nr. 152 ſogar als eine für die Intervenientin noch zu günſtige Entſcheidung. Denn daß für wirkliche Eheſchulden, im Gegenſatze der während der Ehe contrahirten Sonderſchulden, das errungene Vermögen vollaus haſte und zwar auch dann, wenn äußerlich und formell bei dem für eheliche und gemeinſame Zwecke geſchloſſenen Rechtsgeſchäfte nur der Mann allein als Contrahent aufgetreten iſt, und eine perſönliche auch mit ihrem etwaigen Sondergute (wovon übrigens hier nicht die Rede iſt) zu deckende Verbindlichkeit der Ehefrau nicht anzuerkennen wäre, kann keinem Zweifel unterliegen. Haben nun auch die Kläger einerſeits gleich Anfangs bei dem Decret vom 3. Januar 1851 ſich beruhigt und bei den weiteren Verhandlungen ſelbſt nur an dem Haus- „Antheil des Beklagten" ein richterliches Pfandrecht in Anſpruch genommen, andererſeits auch den unterm 16. October 1852 gemachten Verſuch, mittelſt des ganzen Hauſes, weil daſſelbe zur ehelichen Errungenſchaft vollaus gehöre, ſich für ihren Anſpruch Deckung und Sicherheit zu verſchaffen, nach den ungewierigen Beſcheiden vom 27. October und 24. December 1852 nicht weiter verfolgt, ſo wird doch von einer noch weitern Beſchränkung der klägeriſchen Rechte nicht die Rede ſein können, wie Intervenientin ſie dahin verlangt, daß erſt bei dereinſtiger Trennung ihrer Ehe und nur für den durch die Vermögens-, resp. Erbregulirung, dann ſich ergebenden halben errungenſchaftlichen Reinwerth des Hauſes, Kläger aus demſelben ihre Befriedigung fordern

könnten, bis dahin aber mit der erlangten Sicherstellung gegen anderweite Belastung oder sonstige Werthsverminderung des Hauses sich genügen lassen müßten.

II. In welcher Weise die ehelichen Güterverhältnisse nach heutigem Frankfurter Rechte bezüglich der Errungenschaft aufzufassen seien, ob nämlich mit dem intervenientischen Sachführer für den gesammten Inbegriff aller während der Ehe errungenen Güter, bis zu dem Zeitpunkte, wo die Ehe getrennt wird, oder ausnahmsweise während derselben eine Vermögensauseinandersetzung eintritt, immer noch von einer solchen sub- und objectiven Vermögenseinheit auszugehen sei, bei welcher dem einzelnen Ehegatten, je an den verschiedenen Sachen und Rechten, welche das gemeine Gut bilden, überall kein individuelles und selbstständiges Recht zustehe? oder ob, was die Grundlage der in den vorderen Instanzen ergangenen Entscheidungen bildet, an letzteren nach ideellen Quoten eine Eigenthumsgemeinschaft oder Mitberechtigung des Einen wie des Andern anzunehmen stehe? ist allerdings als ein sehr zweifelhafter Punkt anzuerkennen.

A. Für jene Auffassung hat man intervenienter Seits nicht ohne Grund zumeist

1) darauf sich berufen, daß das errungene gemeine Gut, bei dessen Verhaftung für alle Eheschulden und weil jedem Ehegatten auf dereinstige Rückgewähr seiner in die Ehe eingebrachten oder während derselben anerstorbenen, dem Gebrauche nach gleichfalls beiden Ehegatten gemeinschaftlichen und insofern mit der Errungenschaft ein Ganzes bildenden Vermögens ein Anspruch zusteht, bis zu obigem Zeitpunkte nothwendig von wechselndem und unbestimmbarem Werthbetrage sei. Im engern Sinne des Wortes wird sich daher allerdings, ob die Ehegatten errungenes Gut besitzen und wie groß diese Errungenschaft sei, erst durch jene definitive Regulirung der Vermögensverhältnisse heraus- und feststellen. Auch hat sich

2) über die rechtliche Natur der an dem errungenen Vermögen und dessen jeweiligen einzelnen Bestandtheilen bestehenden Gemeinschaft in der Frankfurter Doctrin und Praxis eine bestimmte Ansicht noch nicht festgestellt, wenn schon, daß die Eine unter allen

Umſtänden dem überlebenden Ehegatten verbleibende Hälfte der Errungenſchaft nicht eigentlich jure hereditatis erworben werde, anerkannt wird.

Orth Anmerkungen Band 3. Seite 572.
Bender Handbuch Seite 496 und 497.
Souchay Anmerk. Seite 959 und 985.

Noch weniger gewährt

3) die dortige Geſetzgebung hierüber einen klaren und unzweideutigen Ausſpruch, ja nicht einmal in ihrer Ausdrucksweiſe einen verläßlichen Anhalt. Wird nämlich auch hie und da bezüglich jener Hälfte der Errungenſchaft von einem „behalten“ und „bleiben“ geſprochen,

vergl. Reform. III. 7. § 2. V. 5. § 9.

ſo doch daneben auch von „erblich zufallen“ und ganz ähnliche zugleich eben ſo wechſelnde Bezeichnungen kommen bei dem Rechte des Überlebenden auf die zugebrachte und anererbte fahrende Habe des Erſtverſtorbenen vor.

Ebendaſelbſt V. 4. § 3 und 5.

Selbſt die jedem Ehegatten in

Ebendaſelbſt V. 7. § 2.

für „ſeinen halben Theil der errungenen Güter“ gleichwie für die von ihm zugebrachten Vermögensſtücke zugeſtandene Teſtirfreiheit gibt keinen ſichern Anhalt, weil es wenigſtens nicht ausgeſprochen iſt, ob nur die letztwillige An- und Zuweiſung beſtimmter Summen oder gewiſſer Quoten aus und an dem bei der einſtigen Vermögensregulirung ſich endlich herausſtellenden Werthsbetrage der Errungenſchaft, oder auch eine letztwillige Zuwendung einzelner während der Ehe erworbener Sachen oder gleichmäßig Beides geſtattet ſein ſolle.

B. Auf der anderen Seite darf zunächſt

1) ſchon dies nicht unerwogen bleiben, daß das zugebrachte Gut beider Ehegatten, obſchon dem Gebrauche nach gemein und in Bezug auf Verwaltung mit dem errungenen Vermögen aſſimilirt, alleiniges Eigenthum desjenigen Ehegatten iſt und bleibt, von welchem es herrührt. Sodann

2) kommt in Betracht, daß jene, den Geſammtbeſitz, resp. Erwerb, beider Ehegatten umfaſſende, mit faſt unbeſchränkter

Dispositionsgewalt des Mannes verbundene unterschiedlose, sub- und objective Vermögenseinheit, auf welcher in älterer Zeit fast überall und auch jetzt noch in einzelnen Statuten das eheliche Güterrecht beruht, ihren Grund vor Allem in der Mundialgewalt des Ehemannes hatte und noch hat, daß nun aber in Frankfurt die eigenthümlichen deutschen Grundsätze über die cura sexus überhaupt, wie über die cura maritalis insbesondere dem römischen Rechte gewichen sind, letzteres auch mit seinem, auf ganz anderer Basis beruhenden Dotalsysteme zu unbestrittener, wenn schon nicht unbeschränkter und unveränderter Anerkennung daselbst gelangt ist. Daher liegt es

3) dem Geiste des heutigen Frankfurter Rechtes nicht fern, in der Gesammtheit des errungenen Guts zugleich ein actuelles Vermögen jedes einzelnen Ehegatten anzuerkennen und auch je an den einzelnen Stücken, welche das gemeine Gut bilden, eine Mitberechtigung Beider anzunehmen, welche zwar während Fortbestands der Ehe von ungewissem und wechselndem Werth ist, auch erst mit Trennung der Ehe zu voller Realität gelangt, insbesondere bis dahin, als eine nicht willkürlich auflösliche sich darstellt, auch eine solche Befuguiß zu directer einseitiger Disposition, wie sie bei der Societät und ähnlichen Communionsverhältnissen des Römischen Rechts besteht, und als unerläßlich gilt, keineswegs in sich schließt, welche auch zugleich für die Frau dadurch einer Beschränkung unterliegt, daß dem Mann, als dem Haupte der Familie. eine ziemlich freie Administrationsgewalt zusteht, für welche Mitberechtigung sich aber doch, vorbehältlich dieser in der ehelichen Gemeinschaft selbst begründeten Modificationen eine andere Rechtsanalogie darbieten würde, als die des römisch-rechtlichen condominii.

4) Ob für diese Auffassung sich eine directere Unterstützung theils daraus entnehmen lasse, daß die Reformation den Gegensatz des errungenen Guts in

Reform. III. 6. § 2.

damit bezeichnet, es sollten die nur von Einem der Ehegatten und zwar bloß mit eigenem Geld erkauften Güter ihm und seinen Erben „allein zustehn und eignen," daß auch

Reform. III. 6. § 6 und 7.

die daſelbſt entſchiedene Controverſe, wie es mit Auseinanderſetzung der aus zwei Ehen ſtammenden Kinder zu halten ſei, wenn für ein in erſter Ehe erkauftes Haus oder Hofgut die Währſchaft alsbald, die Zahlung aber erſt in zweiter geſchehen wäre, oder wenn in letzterer auch erſt die Währſchaft erfolgte, dahin ſich angegeben findet, es hätten bisher die Kinder derjenigen Ehe, in welcher die Währſchaft geſchehen, „auch den halben Theil an dem erkauften Gute wöllen bevorauß haben," mag eben ſo dahin geſtellt bleiben, als die Frage, welchen Werth es für die Interpretation des Frankfurter Rechts habe, daß in verwandten Statuten des fränkiſchen Rechts und zwar gerade ſolchen, welche auch nur oder doch hauptſächlich eine Errungenſchaftscommunion unter den Ehegatten kennen,

vergl. Euler die Fortbildung und Geſtaltung des Fränkiſchen ehelichen Güterrechts in der Zeitſchrift für deutſches Recht Bd. 10. S. 34 in f. 44 in fin. 50 init. und in fin.

die Anſicht zur Geltung gekommen iſt, es beſtehe für das Gemeingut eine Communio juris nach ideellen Quoten. Denn jedenfalls erſcheint

C. der vorliegend von der Ehefrau interveniendo erhobene Widerſpruch gegen das den Klägern an dem gemeinſchaftlichen Hauſe für den Antheil des Mannes ertheilte richterliche Pfandrecht und gegen die weiter verfügte Zwangsveräußerung dieſes Hausantheils in aller Weiſe grundlos, mag man für die eine oder die andere jener Anſichten ſich erklären. Daß

1) auch das Miteigenthum zu Beſtellung von Pfandſicherheit an und für ſich geeignet ſei, unterliegt nämlich keinem Zweifel,

vergl. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts. § 18. Seite 113 flg.

und alle die ſonſtigen Bedenken, welche der intervenientiſche Sachführer erhoben hat, ſtellen ſich als durchaus verwerflich dar. Wie nämlich:

a) daraus, daß der Ehemann zu vertragsmäßiger Verpfändung einſeitig nicht befugt ſei, gegen die Zuläſſigkeit eines richterlichen Pfandes ſich überall nichts folgern läßt, ſo iſt auch

b) die Berufung darauf, daß eine dem vorliegenden Falle conforme Praxis nicht nachweislich sei, insofern ganz bedeutungslos, als nur auf entgegengesetzte, in contradictorio ergangene Entscheidungen etwas ankommen könnte. Vollends darf

c) der Einwand, daß, da der Pfandgläubiger nicht mehr Rechte erwerben könne, als der Pfandbesteller habe, nun aber dem Ehemanne während Bestandes der Ehe das Recht auf Civil- und Realtheilung zu bringen fehle, Kläger eine Verwerthung des verpfändeten Hausantheils um so weniger verlangen könne, als in Folge dessen die Intervenientin zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit einem Fremden, sei dies nun der etwaige Käufer des Hausantheils, oder das klägerische Handlungshaus, wenn ihm das Pfand zugeschlagen würde, sich genöthigt sähe, als ganz verkehrt bezeichnet werden. Denn jener Ausschluß des Mannes vom Theilungsrecht hat ja nur in dessen persönlicher Stellung und Qualität als Ehemann, nicht in der rechtlichen Natur seines Miteigenthums ihren Grund, auch wird begreiflicher Weise durch Übergang des halben Hauseigenthums auf die Kläger oder auf einen Dritten an sich das persönliche und Güterverhältniß der Intervenientin zu ihrem Manne so wenig geändert, als, was der Sachführer gleichfalls ohne allen Grund vorgibt, ihr obligatorisches Verhältniß zu dem Insatzgläubiger. Vielmehr werden die bestehenden Rechtsverhältnisse keine weitere Modification erleiden, als daß der ideelle Hausantheil des Mannes aus der Errungenschaftsgemeinschaft ausscheidet, damit aber der Betrag des gemeinen Guts sich um den Werth jener Hälfte mindert, und daß die Intervenientin, so wie durch sie der Ehemann außer und neben der zwischen ihnen selbst für den Antheil der ersteren fortbestehenden ehelichen Gütergemeinschaft bezüglich des Mannesantheils auch noch mit dessen neuen Erwerber in gewöhnlicher Miteigenthumsgemeinschaft stehen werden.

Gleichergestalt wäre auch

2) dann die Abweisung der Intervenientin als unvermeidlich anzuerkennen, wenn man mit dem intervenientischen Sachführer davon ausgehen wollte, daß hinsichtlich des errungenen Vermögens nicht sowohl jedem Ehegatten ein selbstständiger Eigenthumsantheil an den einzelnen der Zeit dazu gehörigen Gütern und Sachen

ſelbſt, als vielmehr nur auf den dereinſt bei Auflöſung der Ehe und Gütergemeinſchaft nach Tilgung aller auf dem gemeinen Gut laſtenden Verbindlichkeiten ſich herausſtellenden, bis dahin in quanto ganz ungewiſſen Reinwerth deſſelben ein zwar unentziehbares, aber doch erſt künftiges Anrecht zur Hälfte beigelegt werden könne. Denn hieraus dies zu folgern, wie es intervenientiſcher Seits geſchieht, daß ſowohl freiwillige Verpfändung, wie Rachtung der Errungenſchaftsgüter für den Augenblick und bis zu jener dereinſtigen Vemögensregulirung den Ehegatten gegenüber keine andere Wirkung habe, als daß dieſelben zum Nachtheile des Gläubigers keine weitere Verringerung des gemeinen Guts, als dermalen ſchon geſchehen und gegeben ſei, mit rechtlichem Effecte herbeiführen könnten, würde das ſeltſame Reſultat ergeben, daß die Erfüllung aller Schulden des Mannes, ungeachtet es während der Ehe an Deckungsmitteln zu keiner Zeit fehlte, doch ganz von dem guten Willen der Ehegatten abhinge und dieſe ihren Creditor durch einfachen Widerſpruch zur Stundung nöthigen könnten. Das Höchſte daher, was man von obigem Standpunkt aus zugeben könnte, wäre dies, bei der gegen den Ehemann verfügten Execution in das errungene Gut der Ehefrau mit

Malß zum Güterrecht der Ehegatten ꝛc. 3ter Beitrag. Seite 38 flg.

ein Interventionsrecht für den Fall zu geben, wenn ſie nachzuweiſen vermöchte, daß und wie weit bei einer dermalen etwa angelegten Regulirung der Güterverhältniſſe, das errungene Gut von denjenigen Anſprüchen, welche ihr ſelbſt wegen Reſtitution des eingebrachten, oder welche anderen und beſſeren Gläubigern zuſtänden, abſorbirt werde, und daß daher in Wirklichkeit die Execution nicht in das errungene Gut und das beiderſeitige Vermögen, ſondern in ihr privatives Sondergut verfügt ſei und vollſtreckt werden würde. An ſolchem Nachweiſe fehlt es nun aber vorliegend durchaus und hat Intervenientin nicht einmal, daß ihr überhaupt für zugebrachtes Gut ein Reſtitutionsanſpruch zur Seite ſtehe, beſtimmt zu behaupten vermocht; daher es auch einer nähern Prüfung jener von Malß aufgeſtellten Anſicht nicht weiter bedarf.

10.

L. H. F., Kläger, wider Dr. **Mumm**, als Curator und Contradictor der Debitmasse von **Carl Friedrich Schmidt** und (wider) dessen Ehefrau, Beklagte, wegen Vindication von Mobilien und Forderung aus Contocourant.

Vorbemerkung.

Kläger hatte am 21. Juni 1841 mit den Schmidt'schen Eheleuten nachfolgende Verträge abgeschlossen.

I.

§ 1. Herr Schmidt und seine Ehefrau haben dem Herrn F. verkauft, die in der Anlage verzeichneten, in dem von ihnen gepachteten Gasthof zum Weidenbusch befindlichen Mobilien, zu dem übereingekommenen Kaufpreis von fl. 12,000.

§ 2. Herr F. vermiethet jedoch diese von ihm zu seinem vollen Eigenthum erkaufte Mobilien den Schmidt'schen Eheleuten von heute an bis 15. October 1843, ohne dafür einen besondern Miethpreis berechnen zu dürfen, da derselbe vielmehr schon bei der Kaufsumme mit in Anschlag gekommen ist.

§ 3. Die zum Übergang des Eigenthums gedachter Mobilien auf den Herrn F. erforderliche Übergabe ist hiernach mittelst eines in den Rechten also benannten constituti possessorii geschehen, indem es der Absicht beider Theile entspricht und hiermit förmlich stipulirt und festgesetzt wird, daß die Schmidt'schen Eheleute die fraglichen Mobilien fortan nur als Stellvertreter des Herrn F. und in dessen Namen besitzen oder Besitzrechte daran ausüben.

§ 4. Die Schmidt'schen Eheleute versprechen, gedachte Mobilien in gutem brauchbaren Stand zu erhalten, auch nichts davon aus dem bisherigen Local ohne Einwilligung des Herrn F. zu entfernen.

§ 5. Die Zahlung des Kaufpreises hat zu geschehen am 15. October 1843 und zwar entweder baar, oder durch Aufrech-

nung etwaiger Forderungen, welche alsdann dem Herrn F. gegen die Schmidt'schen Eheleute zustehen möchten.

§ 6. Herr F. gestattet den Schmidt'schen Eheleuten das Recht, diese Mobilien für die Summe von fl. 12,000 zurückzukaufen, dies jedoch nur für den Fall, daß Herr F. zuvor für etwaige sonstige Forderungen, welche ihm gegen die Schmidt'schen Eheleute erwachsen sind oder noch erwachsen werden, von denselben vollständig befriedigt sein würde.

Auch erlischt dieses Recht des Rückkaufs am 14. October 1843, wenn bis dahin in der angegebenen Weise kein Gebrauch gemacht worden sein wird.

§ 7. Die Schmidt'schen Eheleute sind verbunden, die von ihnen dem Herrn F. verkauften Mobilien für dieselbe Kaufsumme am 15. October 1843 wieder zurückzukaufen, falls er es verlangen sollte.

§ 8. Die Schmidt'schen Eheleute sind verbunden, gedachte Mobilien wenigstens bis auf fl. 12,000 bei einer guten Brandassecuranz versichert zu halten und dem Herrn F. jederzeit auf Verlangen die deßfallsigen Beweise vorzulegen oder in seiner Wahl ihm die betreffende Police zu behändigen.

§ 9. Die Kosten dieses Vertrages gehen zu Lasten der verkaufenden Eheleute.

§ 10. Beiderseitige Contrahenten verzichten auf alle ihnen wider diesen Contract etwa zustehenden Einreden, besonders die Einrede des Irrthums, der anders verabredeten als niedergeschriebenen Sache, der Verletzung über die Hälfte und wie sie sonst Namen haben oder erdacht werden mögen.

II.

§ 1. Herr F. hat

1) verkauft an Herrn Schmidt und seine Gattin neun Stück 1834r Wein für . . . . . fl. 4000
und drei Faß Jamaica Rum . . . . . fl. 1350
in Summa: fl. 5350

— — — — — — — — —

Der Kaufpreis wird creditirt bis zum 30. September 1842, wogegen derselbe von heute an mit fünf vom Hundert

jährlicher Zinsen dem Herrn Verkäufer in conto corrent zu verintereſſiren iſt.

§ 2. Es verſpricht Herr F.

2) dem Herrn Schmidt und ſeiner Gattin einen laufenden Credit von fl. 6000 zu eröffnen, unter der Bedingung, daß dem Herrn F. für ſeine Vorſchüſſe 5 pCt. jährlich vergütet werden, außer einer vierteljährlichen ihm zu vergütenden Proviſion von $^1/_2$ pCt. von den zu creditirenden Summen, als wobei auch noch ferner bedungen wird, daß der vierteljährige Umſatz mindeſtens fl. 15,000, die ſtipulirte Proviſion mithin vierteljährlich fl. 75 betragen müſſe.

Den Schmidt'ſchen Eheleuten werden dagegen, wenn ſie in Vorſchuß kommen, von Herrn F. nur 3 pCt. vergütet.

— — — — — — — — —

Die urſprünglich gegen die Schmidt'ſchen Eheleute erhobene Klage auf Zahlung einer Contocourantforderung, verbunden mit einer Vindication der dem Kläger verkauften Mobilien, war von dem Stadt- und Appellationsgericht in Folge der von den Beklagten vorgeſchützten Einrede aus einem von ihnen mit ihren Gläubigern abgeſchloſſenen Stundungsvertrage zur Zeit abgewieſen worden. Nachdem jedoch inzwiſchen über das Vermögen des Mitbeklagten Schmidt Concurs erkannt worden war, wurde vom Ober-Appellationsgerichte, wohin die Sache durch Berufung des Klägers gelangt war, durch Urtheil vom 8. October 1849 die in dritter Inſtanz als novum gegen die Einrede der Stundung vorgebrachte Replik des ausgebrochenen Concurſes für erheblich erachtet und die Sache nach Vorſchrift des § 132 der Ober-Appellationsgerichtsordnung, unter einſtweiliger Wiederaufhebung der vorigen Erkenntniſſe, zur etwaigen weitern Inſtruction und abermaligen Entſcheidung an das Stadtgericht zurückverwieſen, auch dabei vorbehalten, daß das vom Stadtgericht abzugebende Erkenntniß für den Fall der Beſeitigung der Einrede der Stundung auch die übrigen Einreden zum Gegenſtand haben werde, nämlich: theils die von den Schmidt'ſchen Eheleuten der Vindication der Mobilien entgegengeſetzte Einrede der caesio enormis, theils die vom Curator

in dritter Instanz gegen die Klage aus dem Contocourant geltend gemachte Einrede, daß in dem Letztern Zinsen von Zinsen und die vierteljährige Provision immer zu .fl. 75, obgleich nie ein entsprechender Umsatz Statt gefunden habe, berechnet sei.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 20. August 1852.

In Erwägung, daß

I. der Curator und Contradictor der C. F. Schmidt'schen Debitmasse die Einrede des in der Übereinkunft vom 21. Juni 1841 enthaltenen commissorischen Vertrags vorgeschützt hat, und daher zunächst die Zulässigkeit dieser von dem ursprünglich verklagten Gemeinschuldner und dessen Ehefrau nicht opponirten Einreden in Frage steht, daß

II. nach dem Gesetz vom 22. November 1842 alle und jede Einreden mit der Vernehmlassung vorzubringen sind und daher der Beklagte, welcher mit einer oder der anderen vorgeschützten Einrede unterliegt, keine weitere auch sonst gemeinrechtlich privilegirte geltend machen darf, daß

III. der Beklagte aber, wenn er sich auf das Vorschützen einer dilatorischen Einrede beschränkt und, wie es hier rücksichtlich der von den Schmidt'schen Eheleuten opponirten Einrede der Stundung der Fall gewesen, mit einer solchen Einrede obgesiegt hat, die in Folge eines später eingetretenen als ein Novum klägerischer Seits in höherer Instanz namhaft gemachten factischen Verhältnisses geschehene Beseitigung dieser Einrede ihn nicht hindern kann seine erst hierdurch für ihn nöthig gewordene anderweite Rechtsvertheidigung nachzubringen und insbesondere früher übergangene peremtorische Einreden zu opponiren, daß

IV. auch selbst von dem Vorstehenden abgesehen, die Erörterung darüber, ob in der erwähnten Übereinkunft ein commissorischer Vertrag enthalten sei, nicht unterbleiben kann, weil das Gericht die auf einen solchen in den Gesetzen verbotenen Vertrag gegründete Klage schon von Amtswegen zurückzuweisen hat, daß

V. die fragliche Übereinkunft zwar einen Verkauf und beziehungsweise Miethvertrag mit angefügtem pactum de retroven-

dendo et retroemendo, in der Wirklichkeit aber eine Verpfändung und zugleich ein pactum commissorium enthält, da

1) die Vergleichung der beiden Verträge vom 21. Juni 1841 zeigt, daß der erste Vertrag nur die Sicherung der Klägerin für ihre aus dem zweiten Vertrag entstandenen Forderungen bezweckte, und dadurch bewirkt werden sollte, daß der Klägerin für den Fall des nicht bis zum 14. October 1843 erfolgenden Rückkaufs und der Zahlung des Kaufpreises von fl. 12,000 Seitens der Schmidt'schen Eheleute, das ihr bereits durch den Kauf und das damit verbundene constitutum possessorium erworbene Eigenthum an den fraglichen Mobilien unwiderruflich verbleibe, wenn sie nicht etwa vorziehen würde von der ihr nach § VII. des erstern Vertrages zustehenden Befugniß Gebrauch zu machen und die Schmidt'schen Eheleute nachher noch zum Rückkauf der Mobilien anzuhalten, da

2) mithin offenbar die verschiedenen in dem Vertrag enthaltenen Bestimmungen die Klägerin in die nämliche vortheilhafte, die Schmidt'schen Eheleute hingegen in die nämliche nachtheilige Lage versetzen sollten, welche für dieselben vorhanden waren, wenn die Schuldner ihrer Gläubigerin die betreffenden Mobilien ausdrücklich zum Faustpfand übergeben und zugleich eingeräumt hätten, daß wegen nicht zu gehöriger Zeit erfolgter Zahlung das Pfand ohne dessen Veräußerung, ihr, der Gläubigerin verfallen sein solle, da

3) die Absicht der Contrahenten durch den mehrgedachten Vertrag das gesetzliche Verbot der lex commissoria zu umgehen, überdies noch durch den Umstand bestätigt wird, daß die in dem § II. enthaltene Vermiethung der Mobilien an die Schmidt'schen Eheleute auch nur zum Schein und ohne irgend einen bestimmten Miethzins Statt gefunden hat, indem die Angabe, daß solcher schon bei der Kaufsumme mit in Anschlag gekommen sei, sich als durchaus unrichtig herausstellt, da

4) die in dem § VIII. des Vertrages den Schmidt'schen Eheleuten gemachte Auflage die fraglichen Mobilien in einer guten Brandassecuranz versichert zu halten, ebenfalls nur bezweckte, die die Klägerin als Käuferin und Eigenthümerin der Mobilien treffende Gefahr des Unterganges derselben durch Brand von ihr abzuwenden

und ihr auf Kosten der Schmidt'schen Eheleute die nämliche Sicherheit zu gewähren, welche sie bei dem Pfandbesitze der so assecurirten Mobilien gehabt haben würde. Da

5) die den Schmidt'schen Eheleuten in dem § VI. des Vertrags eingeräumte Befugniß, die an die Klägerin für fl. 12,000 verkauften Mobilien bis zum 14. October 1843 um diesen Preis wieder zurückzukaufen, durch die angefügte Auflage auch etwaige sonstige Forderungen der Klägerin zu befriedigen, beschränkt und paralysirt. Diese letztere aber hierdurch in der Wirklichkeit als mittels der fraglichen Mobilien gesicherte Pfandgläubigerin dargestellt wird und da

6) der in dem Vertrag vom 21. Juni 1841 festgesetzte Kaufpreis nur fl. 12,000 beträgt, während die fraglichen Mobilien nach siebenjähriger Abnutzung für fl. 15,550 dem Gasthalter Mevi käuflich überlassen worden sind, mithin der vorhergedachte Kaufpreis von fl. 12,000 den wahren Werth der Mobilien zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, bei weitem nicht erreicht hat, aus welchem Grunde schon allein nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer bei einem Verkaufe mit angefügtem pactum de retrovendendo, eine simulirte commissorische Verpfändung anzunehmen ist,

in fernerer Erwägung, daß

VI. wenn, wie die Klägerin in der Gegenerklärung angibt, mehrfache Anerkennungen der Rechtsbeständigkeit und Aufrichtigkeit des Vertrages vom 21. Juni 1841 vorhanden wären, solche bei dessen unverkennbarer Simulation unwirksam sein müßten, weil überhaupt einem gesetzlich verbotenen Vertrage durch dessen nachherige Anerkennung eben so wenig aufgeholfen werden, als insbesondere der Schuldner auf das ihm aus dem Verbot der lex commissoria zustehende Recht mit Erfolg verzichten kann, daß

VII. diesem allem nach zwar das in dem Vertrage formell abgeschlossene Rechtsgeschäft sich materiell in einen mit der commissorischen Clausel versehenen Pfandvertrag auflöst, dieser aber durch jene nicht vitiirt wird und vielmehr unerachtet die Nichtigkeit der letzteren aufrecht erhalten bleibt, dergestalt, daß Klägerin sich in Folge des ihr zustehenden vertragsmäßigen Pfandrechts und des § 54 der Wechselordnung vom Jahre 1739, sowie

des Abſchnitts B. des Geſetzes vom 10. Januar 1837 für ihr geſammtes Guthaben an dem Erlöſe der inzwiſchen verkauften Mobilien erholen kann, daß

VIII. die in dem Ober-Appellationsgerichtserkenntniß vom 8. October 1848 erwähnte Einrede des Zinswuchers aus den vorſtehend unter II. und III. angeführten Gründen als noch zuläſſig zu betrachten iſt, und die ſich als wucheriſch herausſtellenden ſtipulirten Zinſen oder ſonſtige Vergütungen, weil geſetzlich verboten, und unklagbar jedenfalls von dem Gericht ex officio zu verwerfen ſind, daß

IX. nach kaufmänniſcher Übung bei Creditgeſchäften in laufender Rechnung

1) die Rechnungsabſchlüſſe jährlich oder auch halbjährig ſtattfinden, und in Folge Vortrags der jeweiligen Saldi auf neue Rechnung von den zum Capital geſchlagenen Zinſen, demnächſt wiederum Zinſen vergütet werden, ferner

2) für die geleiſteten im Soll des Contocorrents aufgeführten Zahlungen höhere Zinſen als für die des Haben berechnet werden, und

3) die Berechnung einer Proviſion von $^1/_3$ oder auch von $^1/_2$ pCt. den jeweiligen in dem Soll des Contocorrents enthaltenen Zahlungen zuläſſig erſcheint, daß

X. in Anwendung der vorbemerkten Grundſätze auf den vorliegenden Fall

1) die Klägerin nicht vierteljährig, ſondern nur halbjährig den Contocorrent abſchließen und den jeweiligen Saldo vortragen dürfte,

2) die Beſtimmung in dem § II. des zweiten Vertrages rückſichtlich des Zinsfußes ſo zu erklären und auszuführen iſt, daß für die von der Klägerin geleiſteten Zahlungen im Soll des Contocorrents Zinſen zu 5 pCt. per Jahr und für die von den Schmidt'ſchen Eheleuten abbezahlten Beträge, Zinſen zu 3 pCt. im Haben aufgebracht werden,

3) die in dem vorher angezogenen § II. enthaltene Stipulation einer vierteljährigen Minimalproviſion von fl. 75 als dem erwähnten Handelsgebrauche widerſtreitend und einen geſetzlich verbotenen

Zinswucher involvirend zu verwerfen, mithin die fragliche Provision nur im halbjährigen Betrage von $^1/_2$ pCt. den betreffenden im Soll des Contocorrents aufgeführten Zahlungen zu berechnen ist,

4) hiernach eine Berichtigung der im Übrigen nicht beanstandeten beiden Corrente beziehungsweise die Aufstellung eines neuen Contocorrents von Seiten der Klägerin vorzunehmen ist, welcher sich mit dem Jahr 1845, in dessen Lauf die letzten im Haben aufgeführten Zahlungen geschehen sind, schließt, und

5) in Anbetracht der vertragsmäßig stipulirten jährlichen Verzinsung und des somit durch den inzwischen eingetretenen Concurs über das Johann Friedrich Schmidt'sche Vermögen nicht unterbrochenen Zinsenlaufs, von dem sich am Schluß des Jahrs 1845 herausstellenden Saldo seit diesem Zeitpunkte jährliche Zinsen zu 5 pCt. zu berechnen sind,

in fernerer Erwägung, daß

XI. der mitbeklagten Johann Friedrich Schmidt'schen Ehefrau, unerachtet, daß dieselbe sich den Einwendungen des Contradictors nicht angeschlossen hat und durch das Decret vom 17. März 1852 mit der Erklärung auf die klägerischen Anträge präludirt worden ist, dennoch das Ergebniß der nach dem Vorstehenden neu anzufertigenden Berechnung des klägerischen Guthabens zu Statten kommen muß, weil diese schon in Gemäßheit des von Richteramtswegen zu berücksichtigenden gesetzlichen Verbots der lex commissoria und des Zinswuchers erforderlich geworden ist, daß

XII. die Klägerin sonach für ihr sich herausstellendes Contocorrent-Guthaben nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Januar 1846 an

1) aus dem Erlöse der verkauften Mobilien von fl. 15,550 und den aus solchem erzielten und weiter zu erzielenden Zinsen, insoweit dieser Erlös nebst Zinsen zureicht, zu befriedigen,

2) wegen der einen Hälfte des voraussichtlich unbefriedigt bleibenden Restes des klägerischen Guthabens an Capital und Zinsen unter Berücksichtigung der curatorischen Eingabe auf die Unzulänglichkeit der Masse zu verweisen und

3) die mitschuldende J. F. Schmidt'sche Ehefrau zur Zahlung der anderen Hälfte jenes Restguthabens an Capital und Zinsen anzuhalten ist,

— — — — — — — — —

wird zu Recht erkannt:

A. Die Klägerin hat binnen vierzehn Tagen nach Maßgabe des vorstehenden Abſchnitts X. einen anderweiten Contocorrent per 1. Januar 1846 aufzuſtellen und anher einzureichen.

B. Die Klägerin iſt für den ſich hiernach per 1. Januar 1846 ergebenden Contocorrent-Saldo nebſt Zinſen zu 5 pCt. ſeit dieſem Tag aus dem verzinslich angelegten Mobiliarerlöſe von fl. 15,550 und deſſen Zinſen, ſoweit zureichend, zu befriedigen und mit dem unberichtigt bleibenden Betrag auf die Unzulänglichkeit der Maſſe zu verweiſen.

C. Die J. F. Schmidt'ſche Ehefrau iſt ſchuldig, der Klägerin die Hälfte des unbezahlt bleibenden Guthabens an Capital und Zinſen zu vergüten, wozu ihr nach Erledigung der der Klägerin vorſtehend unter A. gemachten Auflage geeignete Friſt vorberaumt werden ſoll.

D. Die Koſten werden compenſirt.

— — — — — — — — —

Die von beiden Theilen verfolgten Appellationen wurden durch die **Erkenntniſſe des Appellationsgerichts** vom 24. November 1852 verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. Januar 1854.

Auf beiderſeitige Appellation.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der beiderſeitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 24. November und das darin beſtätigte Urtheil des Stadtgerichts vom 20. Auguſt 1852 zwar, ſoviel die in Letzterm sub A. und D. wegen Aufſtellung eines neuen Contocorrents und wegen der Koſten erſter Inſtanz erfolgte Entſcheidung anbelangt, nicht minder bezüglich der Verurtheilung des Beklagten in die durch ſeine Appellation in voriger Inſtanz erwachſenen Koſten, zu beſtätigen; im Übrigen jedoch, unter Vergleichung der Koſten

gegenwärtiger Instanz, sowie der durch Klägers Appellation in voriger Instanz verursachten Kosten, dahin abzuändern seien:

daß Kläger, soviel

1) die Vindication des von ihm verkauften Schmidt'schen Mobiliars betrifft, zur Erhebung des durch Weiterkauf daraus gezogenen, verzinslich angelegten Erlöses von fl. 15,550, sowie der davon bisher erwachsenen oder ferner fällig werdenden Zinsen zu befugen; anbelangend aber

2) die Ansprüche aus dem Contocourant, mit dem nach Abzug des annoch rückständigen Mobiliarkaufpreises von fl. 12,000 auf den Saldo des neu aufzustellenden Contocourants sich etwa ergebenden Reste seiner Forderung auf die Insufficirung der Masse zu verweisen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Das durch die jetzt angefochtenen Erkenntnisse des Appellationsgerichts lediglich bestätigte Urtheil des Stadtgerichts vom 20. August 1852 hat, wogegen auch Seitens der Parteien keinerlei Beschwerde erhoben ist, noch füglich nach Lage der Sache erhoben werden konnte, die den Hauptpunkt der früheren Parteiverhandlungen bildende dilatorische Einrede aus dem Stundungsvertrage, welche durch das Ober-Appellationsgerichterkenntniß vom 8. October 1849 wegen des inzwischen ausgebrochenen Concurses und der hieraus von dem Curator entnommenen Replik zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung des Stadtgerichts verstellt worden war, und in Folge der bereits unterm 12. und 22. November 1849 erfolgten rechtskräftigen Verwerfung der von der Ehefrau des Cridars Schmidt gestellten Separations-Anträge auch rücksichtlich der letzteren schon lange vor Erlaß des obigen Stadtgerichtsurtheils vom 20. August 1852 ihre völlige Erledigung gefunden hatte, stillschweigend dadurch verworfen, daß auf die Sache selbst und namentlich auf die der Doppelklage F's. opponirten, peremtorischen Einreden eingegangen und darüber erkannt worden ist.

Diese neue stadtgerichtliche Entscheidung hat aber, soviel zunächst

I. die Vindication des früher dem Schmidt'schen Ehepaare gehörigen Mobiliars betrifft, welches unterm 21. Juni 1841 durch den vorliegenden Contract käuflich an Klägern überlassen, unter bis zum 15. October 1843 bewilligter Stundung des Kaufpreises von fl. 12,000 in vorläufigem Besitz und Gebrauche der verkaufenden Eheleute blieb, auch nach Eintritt des vorerwähnten Zahlungstermins dem Kläger so wenig ausgeantwortet, als von diesem der annoch rückständige Kaufpreis berichtigt wurde, im Laufe der gegenwärtigen Prozeßverhandlungen aber mit allseitigem Einverständnisse der Betheiligten, und unter Vorbehalt der ihnen daran etwa zuständigen Rechte durch den Concurscurator an den jetzigen Inhaber des Gasthofes zum Weidenbusch für die Summe von fl. 15,550 weiter verkauft worden ist, an dessen Stelle sonach als Vindicationsobject gegenwärtig die gedachte, soviel die Acten ergeben, bereits vollständig eingezahlte und verzinslich angelegte Mevi'sche Kaufsumme nebst den davon erhobenen oder doch fällig gewordenen, resp. werdenden Zinsen getreten ist, lediglich

A. die Einrede des in fraudem des Verbots der lex commissoria geschlossenen Vertrags zum Gegenstande, welche erst bei den jetzigen Prozeßverhandlungen von dem beklagten Curator der Gültigkeit und Wirksamkeit des obgedachten Kaufcontracts vom 21. Juni 1841 entgegengesetzt worden ist, und, indem die vorderen Erkenntnisse zu dem Resultate gelangen, daß gedachte Einrede sowohl formell noch statthaft als materiell begründet sei, und daß unter Form und Schein eines Kaufes damals zwischen Klägern und den Schmidt'schen Eheleuten nur eine mit verdeckter lex commissoria verbundene, und in so weit ungültige, im Übrigen aber zu Recht beständige Verpfändung des Mobiliars Statt gefunden habe, ist Kläger nur in dieser Maaßen sich an die daraus gezogenen Gelder zu halten und sich für Contocourantforderung „aus dem verzinslich angelegten Mobiliarerlöse von fl. 15,550 und dessen Zinsen soweit hinreichend," zu befriedigen, durch das stadtgerichtliche Dictum sub B. ermächtigt worden. Dahingegen haben die vorderen Erkenntnisse

B. die exceptio laesionis enormis ganz mit Stillschweigen übergangen, welche der Cridar selbst schon in den früheren Prozeß-

verhandlungen und zwar allein der klägeriſchen Vindication opponirt hatte, welche auch nebſt den theils ſofort, theils nachträglich dawider vorgeſchützten Repliken in den Entſcheidungsgründen dieſſeitigen Erkenntniſſes vom 8. October 1849 ausdrücklich als Gegenſtand des in erſter Inſtanz anderweit abzugebenden Erkenntniſſes bezeichnet worden war, welche endlich, wenn auch in den jetzigen erneuten Parteiverhandlungen keiner ſpeciellen Erörterung nochmals unterzogen, doch in der dieſelben eröffnenden klägeriſchen Vorſtellung vom 16. Juni 1851 ſowohl in der Geſchichtserzählung wie im Petitum als noch zur Entſcheidung ſtehend bezeichnet war, und ebenſo in der Replik Anlaß und Gegenſtand ſpecieller Anträge des Klägers geworden iſt, dieſem Allen nach aber, und da der Curator ausdrücklich auf ſelbige nirgends verzichtet, auch Kläger ſeinen bei dem Stadtgerichte geſtellten Anträgen in den oberen Inſtanzen durch Bezugnahme noch inhärirt hat, als extra litem befindlich in keiner Weiſe gelten kann, vielmehr für den Fall, daß der sub A. gedachten neuen Einrede keine Folge zu geben iſt; nothwendig einen Gegenſtand gegenwärtiger Entſcheidung bildet.

Bezüglich der

ad A. gedachten neuen Einrede des Curators würde nun

1) die von dieſem ſelbſt ſchon in voriger Inſtanz erhobene und jetzt weiter verfolgte Beſchwerde, daß nicht auf Grund des gedachten Einwandes der ganze über das Mobiliar am 21. Juni 1841 geſchloſſene Vertrag für abſolut nichtig erklärt worden und demgemäß dem Kläger jedes Vorzugsrecht an dem Mobiliarerlöſe abgeſprochen und ſolcher der Maſſe zuerkannt, Kläger aber mit ſeiner ganzen Contocourantforderung als einfacher Concursgläubiger auf das zu erwartende Rangurtheil jetzt die Inſufficienz der Maſſe verwieſen ſei, ſelbſt dann keine Berückſichtigung finden können, wenn den vorderen Richtern in derjenigen Auffaſſung und Beurtheilung beizutreten wäre, welche ſowohl der angefochtene Kaufcontract, als die dawider vorgebrachte neue Einrede gefunden hat. Indeſſen bedarf es keines nähern Eingehens auf die zu Rechtfertigung jener Beſchwerde beliebten Deductionen des Curators, und kann vielmehr unter ſonſtiger Bezugnahme auf die ſtadt- und appellationsgerichtlichen Entſcheidungsgründe die Bemerkung, daß

dasjenige in fraudem legis agere, bei welchem dem eigentlich beabsichtigten, aber gesetzlich verbotenen Geschäfte ein anderes an sich erlaubtes substituirt wird, zwar in so fern immer einen ernstlichen Geschäftsabschluß enthält, als die Umgehung jenes Verbots beabsichtigt wird und bewirkt werden soll, daß aber, abgesehen von solcher Umgehung das äußerlich geschlossene Geschäft gar nicht in den Intentionen der Parteien liegen würde und sonach eine Simulatio nothwendig mit dem in fraudem legis agere coincidirt, beides also, wie auch schon

Gl. emptione ad L. 2. Cod. plus valere etc. (4. 22.)

Gl. contra ad L. 29. Dig. de legib. (1. 3.)

anerkannt, wesentlich einander verwandt ist, und daß hienach auf den Mangel ausdrücklichen Vorschützens der exceptio simulationis vorliegend ohne Grund ein so erhebliches Gewicht, wie Seitens des Curators geschieht, gelegt worden ist, vollkommen zu Beseitigung der von diesem eingewandten Appellation genügen; da

2) das gesammte, zu Anfechtung des Kaufcontracts in den jetzigen Verhandlungen erst erfolgte neue exceptivische Vorbringen des Curators keine Berücksichtigung weiter finden darf, und der deßfalls vom Kläger von vorne herein erhobene Widerspruch, so wie dessen wegen Zulassung gedachter neuer Einrede in Grav. I. voriger Instanz erhobene, jetzt weiter verfolgte Beschwerdeführung für vollkommen begründet anzuerkennen war.

Zwar wird, wenn Kläger zunächst

a) die Verwerfung gedachter Einrede aus dem formellprozessualischen Grunde verlangt hat, weil dieselbe in der ersten Prozeßverhandlung und Seitens des Cridars selbst nicht vorgebracht, damit aber verspätet und unzulässig sei, hierin demselben nicht beigetreten werden können. Denn obschon

α) das Verbot der lex commissoria beim Pfandgeschäft im privatrechtlichen Interesse bedrängter Schuldner ergangen ist, so wird doch, soll nicht der beabsichtigte Schutz ganz illusorisch sein, jenes Interesse als ein solches, auf welches der Schuldner zum Besten des Gläubigers mit Effect nicht verzichten könne, behandelt werden, folgeweise also auch die Nichtvorschützung der aus Übertragung jenes Verbots dem Schuldner erwachsenden Einrede für

letzteren unpräjudicirlich ſein müſſen, gleichviel, ob die Übertretung direct oder indirect geſchehen, der Pfandanfall offen bedungen oder durch andere Stipulationen verdeckter Weiſe geſichert ſei. Selbſt ex officio wird daher der Richter, wo aus den Parteivorträgen ſich eine Übertretung jenes Verbots klar ergibt, dies berückſichtigen dürfen, vollends aber darauf einzugehen haben, wo der Schuldner oder deſſen Vertreter ausdrücklich, wenn auch erſt hinterher, wie hier, eine ſolche behauptet; und kann es hiernach

β) darauf nicht weiter ankommen, noch braucht es einer nähern Erörterung unterzogen zu werden, ob einerſeits die für die Zulaſſung der hier fraglichen neuen Einrede des Curators ſonſt noch theils in den bisherigen Urtheilen, theils von dem Beklagten geltend gemachten Argumente als zutreffend und ausreichend zu erachten ſein würden, ob andererſeits, wenn man dieſelbe für an ſich verſäumt zu erachten hätte, dem eventuell von dem Curator geſtellten Reſtitutionsgeſuche, zumal ſolches jeder gehörigen Subſtantiirung entbehrt, Folge gegeben werden könnte.

Dahingegen hat Kläger

b) mit Recht die fragliche Einrede für materiell ungegründet erklärt, und aus dieſem Grunde deren Verwerfung beantragt, wobei denn die aus früheren Anerkennungen des Kaufcontracts abſeiten des Cridars, der Gerichte wie des Curators vom Kläger entnommene Replik des Verzichts nicht weiter in Betracht kommt und unerörtert bleiben kann.

Bekanntlich iſt nämlich

α) nur beim Pfandvertrage das pactum commissorium geſetzlich verboten, und wenn gleich darüber kein Zweifel beſtehen kann, daß die an Übertretung dieſes Verbotes geknüpften Folgen auch da eintreten, wo nicht ſowohl direct zu Gunſten des Gläubigers ein Anfall des Pfandobjects für die etwa ungetilgt bleibende oder nicht rechtzeitig getilgte Schuld ſtipulirt iſt, ſondern die Parteien ſolchen Heimfall durch Nebenbeſtimmungen oder durch eine Combination anderweiter, an ſich erlaubter Abreden zu verdecken geſucht und ſo in fraudem legis dem Gläubiger in Anſehung der verpfändeten Sachen ſolche Befugniſſe gewährt haben, welche indirect auf daſſelbe Reſultat hinauslaufen, wie wenn

demſelben unmittelbar zugeſagt wäre, daß er bei Nichtzahlung der Schuld für dieſe das Pfand zu Eigenthum er- und behalten ſolle, ſo wird doch hierbei einerſeits immer dies vorausgeſetzt, daß ein wirkliches Pfandverhältniß offenſichtlich oder erweislich zwiſchen den Contrahenten beabſichtigt geweſen ſei und beſtanden habe, und iſt andererſeits mit dem Verbote der lex commissoria nicht ausgeſchloſſen, daß ein Gläubiger, welcher ſeinem Schuldner nicht traut und noch andere und größere Sicherheit als ihm ein Pfandrecht, ſelbſt unter Hinzutritt der lex commissoria, gewähren würde, für unerläßlich hält, ſolche durch anderweite an ſich erlaubte Geſchäfte und Stipulationen ſich verſchaffen dürfe.

Nun aber kann

β) vorliegenden Falls zwar ſo viel als zweifellos angeſehen werden, daß Kläger den in Frage ſtehenden complicirten Vertrag nur geſchloſſen habe, um ſich für ſeine dermaligen und fernerweiten Forderungen an Schmidt Sicherheit zu verſchaffen, und für den ſpäter, obſchon erſt viele Jahre nachher eingetretenen Fall eines Concurſes ſeines Schuldners thunlichſt der Deckung ſeiner Anſprüche gewiß zu ſein. Auch mag zugegeben werden, daß die in gedachtem Contract wegen Rückkaufs und Rückverkaufs des Mobiliars, wegen deſſen ſofortiger Übertragung in das Eigenthum des Klägers und doch fortdauernder Belaſſung deſſelben zu unentgeldlichem Gebrauche der Schmidt'ſchen Eheleute, wegen deſſen Verſicherung und Conſervation u. ſ. w. getroffenen Stipulationen den Schuldner für den Fall nicht rechtzeitiger oder unvollſtändiger Befriedigung des Klägers in eine faſt eben ſo nachtheilige Lage zu bringen im Stande waren, als wenn er ſich zu einer Verpfändung der Mobilien sub lege commissoria verſtanden hätte. Allein abgeſehen davon, daß der Entwurf des angeblich nur auf Übervortheilung Schmidt's berechneten Kaufgeſchäfts von Letzterem ſelbſt oder doch deſſen Anwalte nach der unwiderſprochen gebliebenen Angabe Klägers herrühren ſoll, und daß jedenfalls Letzterer ſich nicht beeilt hat, die von der verdeckten lex commissoria zu gewärtigenden Vortheile ſich anzueignen und zu ſichern, ſo iſt theils darauf, daß die Intention der Parteien auf Beſtellung eines bloßen Pfandrechts gerichtet geweſen, weder in dem Inhalte der betreffenden Urkunde irgend

welcher Hinweis erfindlich, noch ein ausreichend sicherer Rückschluß aus den bei dem Verkaufe beliebten Modalitäten zu ziehen oder damit gegeben, daß unter gewissen Voraussetzungen und möglicherweise das Resultat für den Schuldner ein ähnliches oder vielleicht gar ein gleich ungünstiges werden konnte, wie wenn eine Pfandbestellung sub lege commissoria geschehen wäre. Anderntheils kommt in Betracht, daß, wie Kläger nur eventuell um Aufrechthaltung des angefochtenen Abkommens als eines Pfandcontracts gebeten hat, principaliter aber dasselbe lediglich als einen Kaufcontract bezeichnete und behandelt zu sehen verlangte, wodurch er sofort, wenn auch nicht schlechthin unwiderruflicher Weise wahrer Eigenthümer des Mobiliars habe werden sollen und wirklich geworden sei; so auch Beklagter bei Ausführung seines Gravamen sowohl in voriger als jetziger Instanz entschieden dagegen remonstrirt, den Vertrag, welcher lediglich ein ernstlich gemeintes Kaufgeschäft darstelle und nach keines der Contrahenten Absicht ein Pfandcontract habe sein sollen, als solchen aufzufassen, und aus der bloßen Absicht einer Sicherheitsbestellung, oder aus dem einer Verpfändung ähnlichen Resultat den wirklich erfolgten Abschluß und die Intention einer Pfandbestellung folgern zu wollen, daß sonach eigentlich beide Theile darin, daß man einen Pfandvertrag nicht gewollt habe, und daß nichts als ein Kaufcontract beabsichtigt und geschlossen worden, einig, und nur in sofern verschiedener Ansicht sind, als Kläger die Rechtsgültigkeit dieses Kaufs, der Curator dagegen dessen Ungültigkeit vertreten zu können meint. Unzulässig aber erscheint es ohne deutlichen Hinweis auf eine wirklich vorgekommene Simulation, ohne ausreichenden Beweis über die eigentliche Intention der Contrahenten, gegen die übereinstimmenden Äußerungen der Parteien dem Vertrag einen durch dessen Wortlaut in keiner Weise unterstützten Sinn zu substituiren, um mittelst einer lediglich unter solcher Voraussetzung denkbaren oder begründeten Einrede das anfänglich ganz unumwunden anerkannte Geschäft hinterher noch anfechten zu können.

Wenn nun diesem Allen nach, unter völliger Beiseitsetzung des erst in der jetzigen Streitverhandlung und Seitens des Curators neu erhobenen Einwandes, das über die Schmidt'schen Mobilien

Digitized by Google

am 21. Juli 1841 getroffene Abkommen lediglich als Kauf zu behandeln, und wie nur nach den in der Verkaufsurkunde getroffenen Stipulationen, so auch schlechthin nach Maßgabe der früheren Prozeßverhandlungen zu beurtheilen ist, so hängt auch gegenwärtig noch der Erfolg der klägerischen Vindication

ad B. einzig und allein davon ab, in wie weit die schon damals vom Cridar dem Kauf opponirte Einrede der laesio enormis für stattnehmig zu erachten, resp. in der Maaßen, wie es bereits im ersten stadtgerichtlichen Urtheile vom 1. März 1847 geschehen war, zur Beweisführung zu verstellen sei.

In dieser Hinsicht würde freilich

1) dem Stadtgerichte darin beizutreten sein, daß die gleich Anfangs für sofortige Verwerfung dieser Einrede klägerischer Seits geltend gemachten Gründe, nämlich

a) es sei unstatthaft einer vom Käufer angestellten Vindication die angeblich durch den Verkauf erlittene Verletzung als Einrede entgegenzusetzen,

b) es hätte, was nicht geschehen, alsbald die Rückgabe des Kaufpreises mit Zinsen angeboten werden müssen und

c) die Rückgabe der den Schmidt'schen Eheleuten nur miethweise überlassenen Mobilien könne nicht durch Einreden aus ihrem eigenen, vermeintlich bessern Rechte derselben verhindert werden, keineswegs die fragliche Einrede unzulässig erscheinen lassen.

Nicht minder würde

2) für die Herstellung des damals dem Beklagten nachgelassenen Beweises daraus kein Bedenken sich entnehmen lassen, daß inzwischen das Mobiliar selbst anderweit verkauft ist, und daß sich hierbei nur ein weit unter der doppelten Kaufsumme von fl. 12,000 verbliebener Werth herausgestellt hat, indem dieser Weiterverkauf erst acht Jahre nach dem Verkauf an den Kläger Statt gefunden hat und sonach um so weniger aus dem jetzigen Erlöse von nur fl. 15,550 irgend gefolgert werden kann, der wahre Werth des Mobiliars sei auch im Jahr 1841 unter fl. 24,000 gewesen, außerdem auch, falls die laesio enormis noch erwiesen zu werden vermöchte, gedachter Weiterverkauf des Mobiliars nur dessen Naturalrückgewähr an den Curator und die Masse entgegenstehen

würde, dieſer Letzteren aber doch immer der dadurch erzielte Erlös zu Gute käme.

Indeſſen bedarf es, ſelbſt abgeſehen davon, daß nach der durch den inzwiſchen erfolgten Concursausbruch und Weiterverkauf des Mobiliars gegebenen factiſchen Sachlage manche der sub 1 gedachten klägeriſchen Bedenken noch geringern Anſchein haben, als ihnen damals vielleicht beigelegt werden durfte, und daß es ſehr dahin ſteht, ob Kläger, welcher jenen früheren Repliken in ſeiner Vorſtellung vom 17. Juni 1851 nur ganz generell und nebenher inhärirt hat, alle zu deren Begründung vorgebrachten Argumente feſtzuhalten noch gemeint ſei, eines nähern Eingehens hierauf oder auf Formulirung und Folgen des etwa dem Curator nachzulaſſenden Beweiſes aus dem Grunde nicht, weil

3) jedenfalls die exceptio laesionis enormis in Folge des im § 10 des Kaufcontracts ausdrücklich darauf geleiſteten Verzichts, und wegen der hieraus ſowohl ſchon bei der frühern Verhandlung der Sache, wenn gleich erſt in der Appellationsinſtanz als auch bei der jetzigen Wiederaufnahme der Sache gleich Anfangs und ganz beſtimmt entnommene Replik verworfen werden muß.

a) Als formell unzuläſſig, weil nicht rechtzeitig vorgebracht, iſt weder in den damaligen Verhandlungen von den Beklagten dieſe Replik bezeichnet worden, welche vielmehr, wie ſchon in dem Ober-Appellationsgerichtserkenntniſſe vom 8. October 1849 hervorgehoben wurde, ohne alle Einwendung ſich darauf einließen, noch auch könnte, wenn dies nicht der Fall oder der Curator durch und an jene Einlaſſung des Cridars nicht gebunden wäre, die Zuläſſigkeit irgend einem Bedenken unterliegen. Denn mag es auch zweifelhaft erſcheinen, ob mit dem weitern, damals gleichfalls vom Stadtgerichte zum Beweiſe verſtellten replikariſchen Einwand, es hätten Beklagte den wahren Werth ihres Mobiliars gekannt und wiſſentlich daſſelbe zu fl. 12,000 verkauft, auch ſchon implicite die hier in Frage ſtehende Replik des Verzichts vorgebracht geweſen ſei, und ob ſolchergeſtalt deſſen beſtimmte in appellatorio erfolgte Geltendmachung nur als Explication eines bereits durch das erſte Verfahren in litem deducirten Streitpunkts ſich darſtelle, ſo war doch der den Verzicht enthaltende Contract vom Kläger alsbald zu den

Acten gebracht, auch der Antrag auf Verwerfung der Einrede der laesio enormis gehörig und rechtzeitig geſtellt, mithin ſchon, ehe die in Frage ſtehende Replik ausdrücklich geltend gemacht wurde, ſowohl die Thatſache des Verzichts durch den Kläger actenmäßig geworden, als deſſen Wirkung in Anſpruch genommen; und die rechtliche Folgerung zu ziehen, daß jener Verwerfungsantrag durch gedachte Thatſache rechtlich begründet werde, darf nach

L. un. Cod. ut quae desunt.

unbedenklich als innerhalb des officii judicis belegen erachtet werden.

Aber auch

b) in materiellem Betrachte kann gedachte Replik des Verzichts keinerlei Bedenken unterliegen. Denn daß an ſich ein ſolcher Verzicht gültig ſei, wird allgemein anerkannt,

Glück, Erläut. der Pand. Th. 17. S. 84 und Note 23,

und wie es hierbei gleichgültig iſt, ob der Verkäufer den wahren Werth gekannt habe oder nicht, oder ob er nur aus Noth ſich zum Verkaufe verſtanden habe,

Vennii, select. quaest. l. 56.

Glück, a. a. O. Seite 82 flg.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts. Band III. § 147.

ſo kann auch der Umſtand, daß in der Verkaufsurkunde ſelbſt der Verzicht geleiſtet worden iſt, für erheblich nicht erachtet

ſiehe Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in Frankfurter Sachen, Stüntzi ca. Rieger, vom Jahr 1836. *)

und der Einwand nur für völlig frivol erklärt werden, daß die Verbindung dieſes ſpeciellen Verzichts mit der generellen Entſagung auf alle Einreden erſteren zu einer bedeutungsloſen Formel mache.

Wenn nun ſolchergeſtalt, gleich der neu vorgebrachten Einrede, auch die anfänglich opponirte exceptio laesio enormis als verwerflich ganz bei Seite zu ſetzen iſt, und daher die auf das anerkannt echte Verkaufsdocument vom 21. Juni 1841 geſtützte klägeriſche Vindication für wohlbegründet anerkannt werden muß, mithin das

*) Siehe S. 125.

Mobiliar, wenn dieſes noch in natura im Beſitze des Curators ſich befände, unbedenklich mit allen Acceſſorien aus der Schmidt'ſchen Maſſe und an den Kläger als Vindicanten herausgegeben werden müßte, ſo konnte es auch in Betreff des in die Stelle der Mobilien getretenen Erlöſes von fl. 15,550 kein Bedenken haben, dem vom Kläger in ſeiner Eingabe vom 17. Juni 1851 geſtellten Antrag auf Herauszahlung, resp. Erhebung der gedachten Gelder und der davon ſeither eingegangen oder bis zur Erhebung fällig werdenden Zinſen Folge zu geben. Dem Verlangen des Klägers dagegen, daß auch diejenigen Zinſen ihm erſtattet würden, welche davon hätten erzielt werden können, mußte jede Berückſichtigung um ſo gewiſſer verſagt werden, als Kläger nicht bloß in keiner Weiſe näher ſubſtantiirt hat, in welchem Maaße bei verzinslicher Anlegung des aus dem Mobiliar gezogenen Erlöſes ein Verſehen Statt gefunden habe, und weßhalb die Maſſe oder Beklagter als deren Curator für Nichtanlegung oder minder ergiebige Anlegung verantwortlich gemacht werden könne, ſondern auch darüber, daß die vorderen Erkenntniſſe ihm als Pfandgläubiger die fraglichen Gelder, ſoweit hinreichend, nur einfach „nebſt Zinſen," d. h. mit den davon wirklich erwachſenen, zu prioritätiſcher Befriedigung ſeiner Forderungen zugewieſen hatten, in keiner Weiſe ſich beſchwert hat, noch überhaupt auf das urſprüngliche Verlangen, auch die usuras percipiendas erſtattet zu erhalten, irgend wie in den oberen Inſtanzen zurückgekommen iſt.

Anbelangend

II. die Schuld-Reſtforderung, welche Kläger auf Grund des zweiten am 21. Juni 1841 mit den Schmidt'ſchen Eheleuten über einen Weinverkauf und wegen Eröffnung eines Credits von fl. 6000 geſchloſſenen Contracts, ſowie auf Grund eines gleichfalls mit der Klage vorgelegten, die Zeit vom 1. Januar 1842 bis ult. December 1845 umfaſſenden Contocourants gleichzeitig mit der Vindication des Mobiliars erhoben hatte, ſo war, um zunächſt

A. kürzlich die Sachlage dieſes zweiten Klaganſpruchs darzulegen, demſelben

1) in den früheren Prozeßverhandlungen von den urſprünglichen Beklagten, den Schmidt'ſchen Eheleuten, keinerlei Ein-

wand opponirt, vielmehr ſogar die Richtigkeit des Reſtſaldos von fl. 15,019. 14 kr. ſchon excipiendo, obwohl wegen der dilatoriſchen Einrede aus dem Stundungsvertrage „nur höchſt eventuell“ ausdrücklich anerkannt worden. Erſt in dritter Inſtanz ward nach eingetretener Concurserklärung des Schmidt von dem Curator „im Intereſſe der übrigen Creditoren“ die „Unrichtigkeit“ des fraglichen Contocourants gerügt, daß derſelbe „eine fortgeſetzte Aufrechnung der Zinſen von Zinſen, ſowie einer vierteljährigen Proviſion von je fl. 75, ohne daß ein derſelben entſprechender Umſchlag Statt gefunden habe,“ ausweiſe.

In Anlaß aber dieſer, klägeriſcher Seits ungehorſamer Weiſe ganz unbeantwortet gelaſſenen Rüge ward, als damals wegen der aus dem Concursausbruche wider die Einrede aus dem Stundungsvertrage neu entſtandenen Replik die Remiſſion der Sache „zur etwanigen fernern Inſtruction und zur anderweiten Entſcheidung“ unvermeidlich erſchien, der Curator durch das dieſſeitige Erkenntniß vom 8. October 1849 ermächtigt, ſeinen Antrag „mit der jetzt gegen den Contocourant des Klägers vorgebrachten Einrede des Zinswuchers noch zugelaſſen zu werden,“ bei dem Stadtgericht „anzubringen,“ ohne jedoch, wie Seite 15 der Entſcheidungsgründe ausdrücklich bemerkt ward, gedachte neue Einrede irgend welcher Erörterung zu unterziehen, mithin ohne der freien Beurtheilung des Stadtgerichts auch nur in Betreff der formellen Zuläſſigkeit dieſer nachträglichen Einrede, geſchweige denn hinſichtlich ihres materiellen Grundes oder Ungrundes irgend zu präjudiciren oder vorzugreifen.

2) Von dieſer Ermächtigung hat denn auch, nach bei dem Stadtgericht erfolgter Wiederaufnahme der Prozeßverhandlung, der Curator nicht bloß dahin Gebrauch gemacht, daß er theils die quartaliter erfolgte Saldirung der Rechnung, wobei dann die Zinſen zum Capital geſchlagen und wieder, was einen Zinswucher conſtituire, Zinſen davon berechnet wären, theils die regelmäßig und zwar auch ſeit März 1842, von wo ab gar kein Umſchlag mehr Statt gefunden habe, mit fl. 75 vierteljährig erfolgte Proviſionsberechnung anfocht; ſondern er hat auch ſeine allhier angebrachte neue Einrede dahin erweitert, daß er überhaupt eine

exceptio pluspetitionis der Contocourantforderung entgegenſtellte, und in dieſer Form, neben vorſtehenden Ausſtellungen gegen den Contocourant, auch noch dies rügte, daß nicht darin am 15. October 1843 das für das Mobiliar rückſtändige Kaufgeld mit fl. 12,000 dem Schmidt gut- und abgeſchrieben, vielmehr fernerweit von der alten Schuld die Zinſen berechnet worden ſeien.

Dieſer duplicando vom Curator in allen Punkten feſtgehaltene Einrede, deren formellen Zuläſſigkeit vornämlich Kläger replicando widerſprach, während er in materiellem Betrachte zwar den Ungrund der gemachten Ausſtellungen zu deduciren verſuchte, zugleich aber erklärte, daß er hinſichtlich der Zinſen — wie der Proviſionsberechnung alle Ermäßigungen, welche für geſetzlich oder kaufmänniſch möchten erachtet werden, dem Ermeſſen des Gerichts anheim ſtellen wolle, ſowie der gelegentlich dieſer Einrede weiter zur Sprache gekommenen Frage, ob für die an und von Schmidt geleiſteten Zahlungen in gleicher Maaßen die Zinſen zu 5 pCt. zu berechnen ſeien, hat nun

3) das in appellatorio lediglich und zwar unter Verweiſung auf die früheren Entſcheidungsgründe beſtätigte Erkenntniß des Stadtgerichts vom 20. Auguſt 1852, wie ſich aus dem deciso sub A. verglichen mit der darin als maßgebend in Bezug genommenen Ausführung sub X. der Entſcheidungsgründe, ſowie mit den sub VIII. und IX. derſelben vorangeſchickten Bemerkungen ergibt, lediglich inſoweit Folge gegeben, als ein Zinswucher in der klägeriſchen Rechnung zu befinden ſei, und hat es demzufolge, ſo wie mit Rückſicht auf den kaufmänniſchen Gebrauch bei Abſchlüſſen in laufender Rechnung einerſeits die aus unterbliebener Gutſchrift des Kaufpreiſes von fl. 12,000 erhobenen Ausſtellungen keiner Berückſichtigung werth erachtet, vielmehr ganz mit Stillſchweigen übergangen, andererſeits dagegen dem Kläger für die Zeit bis ult. December 1845 die Beibringung eines rectificirten Contocourants aufgegeben, und hierbei nicht bloß näher beſtimmt, welchergeſtalt Abſchluß und Vortrag des jedesmaligen Saldo zu weiterer Verzinſung zu geſchehen habe, auch ein Anſatz der außer den Zinſen ſtipulirten Proviſion ſtattfinden dürfe und ſolle, ſondern auch zugleich über den im Soll und im Haben zu Grunde zu legenden

Zinsfuß, so wie darüber Bestimmung getroffen, in welcher Maaßen und bis wohin der für den Schluß des Jahres 1845 sich zu Klägers Gunsten herausstellende Saldo zu verzinsen sein würde.

Diese Entscheidung hat aber der beklagte Curator überall nicht angefochten, und Kläger seinerseits nur dahin in Grav. II. voriger Instanz Beschwerde geführt,

„daß die Einrede der pluspetitio hinsichtlich der Zinsen- und Provisionsberechnung, für welche, soviel den materiellen Theil betrifft, Kläger event. die Ermäßigung dem richterlichen arbitrium überlassen gehabt, nicht dem gestellten Prinzipal-Antrage gemäß als verspätet und unzulässig verworfen worden sei,"

und auch in der jetzigen Instanz, wo er sich über die Nichtberücksichtigung des früheren Grav. II. beschwert, die sämmtlichen mittelst und in Anlaß jener exceptio pluspetitionis zur Sprache gekommenen Streitpunkte nicht weiter berührt, als daß er darauf hinweiset, wie durch die allhier früher erkannte Zulassung des wegen angeblichen Wuchers gestellten Antrages noch nicht die Einrede selbst als zulässig anerkannt sei, und wie die Auslegung von Rechtsgeschäften, hier, ob eine bedungene Provision als Zins zu behandeln sei, nicht der allerdings zum officio judicis gehörigen Anwendung bloßer Rechtssätze gleichgestellt werden dürfe.

Demnach kann es denn

4) keinem Zweifel unterliegen, daß die stadtgerichtliche Entscheidung, soweit zu Ungunsten des Curators erfolgt, gegenwärtig überall nicht mehr in Frage steht, namentlich also auch die allerdings zweifelhafte Frage, ob die Nichtgutschrift des Kaufpreises einen Zinswucher involvire, oder nur als unrichtiges Rechnungsverfahren zu erachten sei, ihre rechtskräftige Erledigung zu Klägers Gunsten eben so gefunden hat, als die Verzinsung des aus dem rectificirten Contocourant sich demnächst ergebenden Saldos. Nicht minder klar ist es aber auch, daß die Zulässigkeit der erst nachträglich und trotz früherer Anerkennung des Contocourants abseiten des Cridars vom Curator opponirten exceptio usurariae pravitatis vorausgesetzt, auch Kläger seinerseits mit der ihm auferlegten Rectification seiner Contocourantforderung einverstanden

iſt, oder doch wegen Mangels jeder deßfallſigen Beſchwerde als damit einverſtanden behandelt werden muß, ſonach unter obiger Vorausſetzung auch ihm gegenüber die fragliche Entſcheidung des Stadtgerichts als in Rechtskraft getreten zu erachten iſt und daher namentlich der Punkt nicht weiter in Frage ſteht, daß demſelben nicht bloß für den mit der Klage beigebrachten, mit dem Jahr 1842 beginnenden Contocouraut, ſondern auch für denjenigen, welcher über das Jahr 1841 zu den Acten gekommen iſt und allerdings durch Übertrag des Saldo die Grundlage des erſteren bildet, eine Rectification nach Maßgabe der hinſichtlich des Quartalabſchluſſes und wegen des Proviſionsanſatzes getroffenen Beſtimmungen auferlegt iſt und obliegen wird.

Nun aber kann, um

B. zur rechtlichen Beurtheilung der vom Curator weiter verfolgten, vorſtehend näher feſtgeſtellten Beſchwerden überzugehen, die formelle Zuläſſigkeit der obgedachten Einrede des Zinswuchers keinem Bedenken unterliegen. Denn

1) an ſich und im Allgemeinen liegt es eben ſo ſehr in den Officialpflichten als Rechten der Gerichte, auf die gehörige Befolgung der Wuchergeſetze zu ſehen, und kann es hierbei nach Sinn und Zweck dieſer Verbote, wie nach Wortlaut der betreffenden Geſetze

vergl. Reichspolizeiordnung von 1577. Tit. 17. § 1 flg.

auf die Form nicht ankommen, in welcher zur Verdeckung des Wuchers die auf unerlaubten Vortheil des Gläubigers berechnete Stipulation oder Forderung gekleidet iſt, ſo daß, wo ſolcher klar aus den von den Parteien vorgebrachten Documenten oder Angaben erhellt, auch ohne ausdrückliche Vorſchützung der exceptio usurariae pravitatis der Richter von Amtswegen zur Rückführung der vom Gläubiger erhobenen Anſprüche auf das geſetzliche Maaß berechtigt iſt. Es ſteht daher vorliegend

2) nur dies in Frage, ob die vom Curator an den klägeriſchen Contocouraut gerügten Punkte wirklich unter die Kategorie eines Zinswuchers fallen, oder nur eine unrichtige Berechnungsweiſe involviren.

In dieſer Hinſicht iſt nun aber, was

a) die Zinsberechnung betrifft, ein Quartalabſchluß laufender Rechnungen etwas ſo durchaus Ungewöhnliches, daß es bei einem Geſchäftsmanne, wie Kläger, nicht füglich einem Zweifel zu unterziehen iſt, es ſei dies lediglich zu dem Zwecke geſchehen, um von der durch kaufmänniſchen Brauch nun einmal feſtſtehenden Befugniß, von den im jeweiligen Rechnungsſaldo mit enthaltenen Zinſen wiederum Zinſen zu berechnen,

vergl. Seuffert prakt. Pand.-Recht. § 233. Note 10.

möglichſten Vortheil und aus den an Schmidt gemachten Vorſchüſſen höhere Zinſen zu beziehen. Es bedarf daher kaum noch eines Hinweiſes darauf, daß zwiſchen beiden weniger ein gegenſeitiger fortlaufender Handels- und Geſchäftsverkehr beſtanden, es vielmehr abſeiten Schmidt's von Anfang an ſich nur um partielle Abzahlungen auf den ihm gemachten Geldvorſchuß handelte, welche von vorn herein ſo ſelten erfolgten und ſpäter ſo gänzlich caſſirten, daß zu keiner Zeit und auf keiner Seite über den jeweiligen Stand des Credit und Debet ein Zweifel obwalten konnte, und mithin, namentlich einem dem eigentlichen Handelsſtande nicht angehörigen Schuldner gegenüber, zu regelmäßigem und ſo häufig wiederkehrendem Abſchluß der Rechnung überhaupt kein ausreichender Anlaß gegeben war, oder doch nur in dem Wunſche, mittelſt der unter Kaufleuten üblichen Form eines Contocourants höhere Zinſen auszubringen, erfindlich ſein dürfte.

Ebenſo wenig kann

b) hinſichtlich der Proviſionsanſätze Kläger als erfahrener Kaufmann irgend in Zweifel geweſen ſein, daß er dieſe in der Handelswelt übliche und neben den eigentlichen Zinſen geſtattete Extravergütung, ſowohl nach kaufmänniſchem Brauch, als nach der dieſerhalb im § 2 des Contracts vom 21. Juni 1841 getroffenen Stipulation nur nach Maßgabe der dem Schmidt gemachten, resp. belaſſenen Vorſchüſſe in Anſatz bringen durfte, und wird man ſonach dem Stadtgerichte darin beitreten können, daß in dem ganz unmotivirten Vortheile, welchen Kläger aus ſeinen Geldvorſchüſſen an Schmidt dadurch beziehen wollte, daß er ohne alle Rückſicht auf den jeweiligen Geſchäfts- und Rechnungsſtand eine Quartalproviſion von fl. 75 in Anſatz brachte und zu weiterer Verzinſung ſtellte, nicht etwa bloß eine irrthümliche Rechnungs-

ſtellung, ſondern eine bewußt-unberechtigte Nutzung ſeiner dem Schmidt creditirten Gelder, ſonach ein civilrechtlich, keinfalls zu geſtattender Zinswucher liege, auf deſſen Beſeitigung ſelbſt ex officio hätte gedrungen werden dürfen, ſonach in Folge der dieſerhalb, wenn auch erſt nachträglich vom Curator erhobenen Einwände mit vollem Rechte vorliegend erkannt iſt.

War nun

3) den bisherigen Ausführungen nach die in Betreff der Contocourantforderung erhobene Beſchwerde des Klägers für begründet nicht zu erachten, vielmehr die ihm im Stadtgerichtserkenntniß auferlegte Rectification ſeiner Rechnung an ſich, wie hinſichtlich der dafür als maßgebend bezeichneten Normen lediglich zu beſtätigen, ſo mußte doch einerſeits der Umſtand Berückſichtigung finden, daß in Folge der ſchon längſt und noch vor Wiederaufnahme der Prozeßverhandlung eingetretenen und rechtskräftig gewordenen Rückweiſung der von der Schmidt'ſchen Ehefrau geſtellten Separationsanträge, die Unterſcheidung ganz ungerechtfertigt erſcheint, welche ſowohl vom Kläger in ſeiner Vorſtellung vom 17. Juni 1851, als in dem Stadtgerichtserkenntniſſe zwiſchen der Debitmaſſe Schmidt's und ſeiner Anfangs mitbeklagten Ehefrau bezüglich der zu Klägers Gunſten erkannten condemnatoria gemacht worden iſt. Andererſeits kam in Erwägung, daß in Betreff des für das Mobiliar annoch unberichtigten und an ſich der Debitmaſſe gebührenden Kaufpreiſes von fl. 12,000 dem Kläger das ihm im § 5 des Kaufcontracts ausdrücklich vorbehaltene und ohnehin jedem Maſſeſchuldner

vergl. Schweppe, Conc. Proz. 2te Ausg. § 61. S. 104.

zuſtändige Recht, auf ſeine Schuld, hier den Kaufpreis, etwaige Gegenforderungen, vorliegend alſo die Contocourantanſprüche, anzurechnen, um ſo weniger zu verſagen ſteht, als er theils daſſelbe gleich bei der Klagerhebung dadurch in Anſpruch genommen hat, daß er ſeine Contocourantforderung auf den Reſt von fl. 3019. 12 kr. beſchränkte, theils auch für den von ihm zu erhebenden Erlös aus dem weiter verkauften Mobiliar nicht als gewöhnlicher Concursgläubiger, ſondern als wie das Seinige aus der Maſſe herausziehender Vindicant und Separatiſt zu behandeln iſt.

Nun muß es zwar zur Zeit noch dahin geſtellt bleiben, ob

bei der dem Kläger obliegenden neuen Rechnungsſtellung ſich nach Abzug gedachter fl. 12,000 überall noch zu ſeinen Gunſten ein Saldo herausſtellen und an die Debitmaſſe ein begründeter Anſpruch verbleiben werde. Dies konnte indeſſen nicht hindern, in dem Maaße, wie geſchehen, ſchon jetzt auszuſprechen, daß Kläger mit ſolcher etwaiger Reſtforderung auf den Concurs ſich einzulaſſen verbunden ſei, auch ihn mit ſolcher, bei der rein chirographoriſchen Natur ſeiner Contocourantanſprüche, nach dem Vorgange der hierin ganz unangefochten gebliebenen ſtadtgerichtlichen Entſcheidung auf die Inſufficienz der Maſſe zu verweiſen, und ſei daher nur noch dies bemerkt, wie es ſich für den Fall, wenn der Saldo des rectificirten Contocourants ſich geringer als der noch ſchuldige Kaufpreis von fl. 12,000 herausſtellen ſollte, von ſelbſt verſteht, daß der Debitmaſſe ihre Anſprüche und Anträge wegen der Differenz unverkürzt und unbenommen bleiben.

III. In Betreff der Koſten, ſoweit über ſolche nicht ſchon, was bezüglich der Koſten der beiden früheren Appellationsverhandlungen der Fall iſt, rechtskräftige Entſcheidung vorliegt, würde es nach dem Gang und Ende, welchen der vorliegende Rechtsſtreit genommen hat, an ſich gerechtfertigt erſcheinen, die im Stadtgerichtserkenntniſſe vom 20. Auguſt 1852 sub D. ausgeſprochene Koſtencompenſation, welche ſelbſtverſtändlich nicht bloß die jetzt, ſondern auch die früher in erſter Inſtanz Statt gehabten Verhandlungen umfaßt, und welche ohne ausreichenden Grund vom Kläger mittelſt des durch die Sent. a qua verworfenen, jetzt implicite wiederholten Grav. III. voriger Inſtanz angefochten war, resp. wird, auch für die durch gedachtes Erkenntniß herbeigeführten neuen Appellationsverhandlungen eintreten zu laſſen, ſonach durchgängig die Koſten zu vergleichen. Da indeſſen der Curator bei der vom Appellationsgerichte getroffenen Entſcheidung, daß jeder Theil die durch ſeine Appellation verurſachten Koſten zu tragen habe, ſeinerſeits ſich beruhigt hat, inſoweit alſo jedweder Modification Rechtskraft entgegenſtand, ſo hat die, unter Beſtätigung der ſtadtgerichtlichen Entſcheidung wegen Wechſels der Erkenntniſſe und theilweiſer Zweifelhaftigkeit der Sache für die jetzige wie vorige Inſtanz zu erkennende Koſtenvergleichung in der Maaßen, wie geſchehen, beſchränkt werden müſſen.

Auszug aus den S. 116 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

Stünzi ca. Rieger 1836.

Hinſichtlich der Replik der laesio enormis aber, bei welcher der obige Grund freilich nicht zutrifft, da ein Verzicht hierauf mit Wirkſamkeit in eben derſelben Verhandlung geſchehen kann, wodurch die Läſion zugefügt worden iſt, entſcheidet gegen den Beklagten der Umſtand, daß er keinen ſpeciellen Verzicht auf dieſe Replik, welcher doch allein würde beachtet werden können, behauptet hat, indem der Beklagte, nachdem er ſich in den vorigen Inſtanzen hierüber immer nur ſehr ſchwankend und unbeſtimmt geäußert hatte und darauf in den vorigen Entſcheidungsgründen die Beſchwerde auch aus dieſer Urſache abgewieſen worden war, in der jetzigen Inſtanz, ſtatt mit einer beſtimmteren deßfallſigen Behauptung hervorzutreten, vielmehr einen allgemeinen Verzicht als zur Beſtätigung der Replik der laesio enormis genügend darzuſtellen geſucht hat.

11.

J. M. Sch., Kläger, wider seine Ehefrau **M. E.** geb. D., Beklagte, wegen Ehescheidung.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 26. Januar 1852.

— — — — — — — — —

Dagegen ist ausgesagt

a) durch Zeugen St., daß die Beklagte zuweilen auf den Eisenbahnhof zu dem Kläger kam und dort mit demselben zankte, ihn auch schimpfte,

b) durch Zeugen F., daß die Beklagte öfter, wenn sie an der Eisenbahn vorüberging, schimpfte, den Kläger einen hergelaufenen Kerl nannte und äußerte, sie wolle ihm schon die Menscher vom Hals schaffen, so daß Kläger am Ende genöthigt gewesen, die Polizei um Hülfe anzugehen, ohne daß sich jedoch Beklagte dadurch hätte zur Ruhe bringen lassen,

c) durch Zeugen S., daß Beklagte ihm im Herbst 1847 erzählt habe, ihr Ehemann habe sie verlassen und dabei denselben mit Schimpfworten aller Art bezeichnet und einen Hurenkerl über den andern geheißen habe; ferner, daß ihm dieselbe kürzlich wieder erzählt habe, ihr Mann sei wieder einige Zeit bei ihr gewesen, ihr Kind habe ihn aber bei einer Anderen ertappt,

d) durch Zeugen H., daß Beklagte den Kläger einen schlechten Kerl geschimpft und geäußert hat, sie habe denselben bei einer Magd ertappt.

6) Ist bezeugt

a) durch H., daß die Beklagte geäußert, der Kläger habe ein Schloß und Eisen von einer Barriere nach Hause gebracht, sie wolle dem Director sagen, daß der Kläger Eisen, Holz, Öl u. s. w. stehle,

b) durch S., daß die Beklagte ihm gesagt, sie habe dem Herrn Director B. mitgetheilt, daß der Kläger falsche Schlüssel habe und Öl u. s. w. auf dem Eisenbahnhof stehle.

7) Wenn nun auch das unter 5 bezeugte Benehmen der Beklagten theilweise provocirt erscheint durch das Verhalten des Klägers, der Frau und Kind eigenmächtig verlassen und sich ohne gerichtliches Einschreiten um deren Subsistenz nicht bekümmert hat, so liefert doch jedenfalls die unverantwortliche Erdichtung von Diebstählen und Dienstveruntreuungen den Beweis eines unversöhnlichen Hasses der Beklagten gegen den Kläger.

Demnach wird zu Recht erkannt:

Würde Kläger — — — bei Strafe der Eidesverweigerung zur Erfüllung des Beweises schwören:

„daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht anders wisse und glaube, als daß die Beklagte ihn des Führens falscher Schlüssel und des Diebstahls von Öl, Holz, Eisen auf der Eisenbahn beschuldigt habe,"

so soll

1) die zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehende Ehe als aufgelöst erklärt,

2) dem Kläger die Erziehung seines mit der Beklagten erzeugten Kindes zugesprochen,

3) die durch Decret vom 7. Februar 1848 angeordnete Alimentation für erloschen erkannt, und

4) die Beklagte in die Prozeßkosten verurtheilt werden.

Würde dagegen der Kläger den obigen Eid nicht leisten, so soll er mit seiner Klage unter Verurtheilung zum Kostenersatz ab- und zur Ruhe gewiesen werden.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. März 1852.

Auf Appellation der Beklagten.

Wenn in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 26. Januar 1852 dem Kläger der Erfüllungseid dahin:

„daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht

anders wisse und glaube, als daß die Beklagte ihn des Führens falscher Schlüssel und Diebstahls von Öl, Holz, Eisen auf der Eisenbahn beschuldigt habe,"

auferlegt worden, so ist, abgesehen von der Frage, ob überhaupt und wenn nicht ganz besondere Umstände eintreten, — in Ehescheidungssachen ein Glaubenseid zum Zweck der Ehetrennung zulässig sei, — wie dies in einem Fall unter ganz besonderen Umständen vom Ober-Appellationsgericht gestattet worden — hier noch besonders in Erwägung zu ziehen, daß die Beklagte aus formellen Gründen zum Gegenbeweis nicht mehr zugelassen wurde, daß, wenn gleich das Gesetz vom 19. November 1850 im § 15 unter den zulässigen Entscheidungsgründen, unversöhnlichen Haß und fortgesetzte grobe Beleidigungen anführt, doch in demselben Paragraph verordnet wird, daß durch vorstehende Bestimmungen, die Trennung von Tisch und Bett nach richterlichem Ermessen nicht ausgeschlossen sei, daß hier ein Fall vorliegt, wo eine temporäre Trennung der Eheleute gerechtfertigt ist.

Unter diesen Umständen wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 26. Januar 1852 zu Recht erkannt:

1) Es werden die S'schen Eheleute auf drei Jahre von Tisch und Bett getrennt.
2) Der Ehemann wird schuldig erkannt, während der Dauer dieser Trennung monatlich fl. 8 seiner Ehefrau zu bezahlen.
3) Der Sohn ist der Mutter zu überlassen, da die Dienstverhältnisse des Ehemannes dessen stete Abwesenheit von Haus erfordern.

Die in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Auf Appellation des Klägers wurde das Erkenntniß des Appellationsgerichts durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 7. Februar 1854 aus folgenden Gründen bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger hat

I. seine Hauptbeschwerde dahin gerichtet, daß er auf drei Jahre von seiner Ehefrau von Tisch und Bett getrennt worden sei. Da

er nun das Stadtgerichtserkenntniß, durch welches nur für den Fall, daß er den darin ihm auferlegten Eid ſchwören ſollte, auf Scheidung der Ehe quoad vinculum erkannt iſt, ſeinerſeits der Rechtskraft überlaſſen hat, ſo kann die, bei der erfolgten Präcluſion des Klägers mit ſeiner Rechtfertigungsſchrift nicht klar erſichtliche Meinung der Beſchwerde nur dahin aufgefaßt werden, daß nicht das Stadtgerichtserkenntniß beſtätigt worden ſei.

Dieſe Beſchwerde iſt aber ungegründet.

Allerdings zwar geſtattet das während der Verhandlung der gegenwärtigen Sache in erſter Inſtanz erſchienene Geſetz vom 19. November 1850 im § 15. die gerichtliche Scheidung einer Ehe unter andern auch „wegen unverſöhnlichen Haſſes“ und wegen „harter Mißhandlungen oder fortgeſetzter grober Beleidigungen“ zu erkennen. Allein es hat der Kläger keinen dieſer beiden Scheidungsgründe auch nur zur Hälfte erwieſen.

Anlangend nämlich

A. den unverſöhnlichen Haß, ſo ließe ſich, bei der ſtricten Auslegung, welcher dieſes vom gemeinen Rechte ſo weſentlich abweichende Geſetz nothwendig unterliegen muß, Manches dafür ſagen, daß unter dem unverſöhnlichen Haß ein gegenſeitiger der Eheleute zu verſtehen ſei, und einen ſolchen Haß auch ſeinerſeits hat der Kläger gar nicht einmal behauptet. Allein, geht man auch davon aus, daß es hier, nach dem, den Behauptungen der Klage ſich anſchließenden rechtskräftigen Beweisinterlocute des Stadtgerichts nur auf den Beweis eines unverſöhnlichen Haſſes der Beklagten ankomme, ſo zeugt gegen einen ſolchen zunächſt und vor Allem ſchon, daß die Beklagte es iſt, welche der beantragten Scheidung widerſpricht und die Ehe mit dem Kläger fortſetzen will. Schon dadurch iſt man genöthigt, das von den Zeugen bekundete Benehmen der Beklagten gegen ihren Ehemann mehr nur als Äußerungen der augenblicklichen Erbitterung einer rohen und leidenſchaftlichen Frau aufzufaſſen, provocirt durch das Verhalten des Klägers, der ſich, wie er ſelbſt anführt, eigenmächtig von ihr ſeparirt und ſie nebſt dem gemeinſchaftlichen Kinde ohne Unterſtützung gelaſſen hat, ſo wie durch den, einerlei ob gegründeten oder ungegründeten Verdacht eines ehebrecheriſchen Verkehrs des

Klägers mit anderen Frauenzimmern. Allein selbst abgesehen hiervon, ist ein wirklicher unversöhnlicher Haß der Beklagten auch durch die von dem Zeugen S. bekundete Thatsache, welcher das Stadtgericht so großes Gewicht beilegt, daß nämlich die Beklagte ihm mitgetheilt, sie habe dem Director B. gesagt, daß ihr Mann falsche Schlüssel führe und Öl und dergleichen von dem Bahnhofe stehle, keineswegs erwiesen. Selbst wenn man mit dem Stadtgericht ohne Weiteres davon ausgehen könnte, daß diese Anklage eine erdichtete gewesen sei, würde sie mehr nur eine höchst verwerfliche Gesinnung der Beklagten beweisen, und die von den Zeugen auch anderweit bekundete wenigstens momentane leidenschaftliche Stimmung der Beklagten gegen ihren Ehemann eine weitere Bestätigung erhalten; aber zum Beweise eines unversöhnlichen Hasses würde sie selbst dann nicht genügen. Noch weniger aber dann, wenn die Anklage wirklich Grund gehabt hätte, wie denn der Zeuge H. deponirt, die Beklagte habe ihm gesagt, daß der Kläger wirklich ein Schloß und Eisen von der Barriere nach Hause gebracht habe.

Könnte man aber auch aus der Aussage des Zeugen S. einen unversöhnlichen Haß der Beklagten folgern, so würde es doch überhaupt schon mehr als bedenklich sein, denselben dadurch als bis zum Erfüllungseide erwiesen anzunehmen. Denn wenn gleich darüber, daß die Beklagte dem Zeugen S. jene Mittheilung gemacht habe, durch die Aussage dieses untadelhaften Zeugen ein halber Beweis vorliegt, der zur Erkennung des Suppletoriums genügt,

Reform. I. Tit. 39. § 7.

so fragt es sich doch immer noch, ob die Beklagte wirklich gethan, was sie dem Zeugen gesagt; und dagegen spricht sehr entschieden, daß der Kläger selbst in der Replik angibt, die Personen, bei denen seine Ehefrau ihn wegen Diebstahls denuncirt, hätten mit ihm gar nicht darüber gesprochen: was ja kaum zu erklären sein würde, wenn die Beklagte ihn wirklich in der Weise, wie sie angibt, angeklagt hätte. Auch würde ja, wenn die Sache sich wirklich so verhielte, der Kläger sie durch Producirung auch des Directors B. als Zeugen vollständig haben beweisen können.

Unter diesen Umständen mußte es vollends bedenklich erscheinen, den Kläger zu einem bloßen Glaubenseide darüber zuzulassen.

Es iſt aber auch nicht einmal ſo viel erwieſen, um der Beklagten den Reinigungseid aufzuerlegen.

Eben ſo verhält es ſich

B. mit dem Beweiſe der Beleidigungen des Klägers durch die Beklagte. Denn das Geſetz vom 19. November 1850 ſetzt als Scheidungsgrund fortgeſetzte grobe Beleidigungen voraus. Nun deponiren zwar die Zeugen St., F. und H., daß die Beklagte, wenn ſie zuweilen auf den Bahnhof gekommen, den Kläger geſchimpft habe, indem der Zeuge F. namentlich angibt, daß ſie den Kläger einen hergelaufenen Kerl genannt und dieſen am Ende genöthigt habe, die Polizei, wenn gleich ohne Erfolg, zu Hülfe zu rufen. Allein die Ausſagen dieſer Zeugen laſſen es völlig ungewiß, ob ſie nicht über eben dieſelben einzelnen Facta deponiren, und jedenfalls ergibt ſich aus ihren Depoſitionen nicht, daß die Beklagte ſich in dem Maaße fortgeſetzter grober Injurien gegen den Kläger ſchuldig gemacht habe, wie man nothwendig annehmen muß, daß das Geſetz, indem es dieſelben als gültigen Scheidungsgrund ſanctionirt, vorausgeſetzt habe.

Bei dieſem völlig ungenügenden Ergebniſſe des Beweiſes durfte nicht nur nicht, wie vom Stadtgerichte geſchehen, auf einen Eid erkannt werden, ſondern es hätte das Appellationsgericht, ſtatt eine temporäre Trennung der Eheleute zu verfügen, billig die Klage ganz abweiſen und die Ehegatten anhalten müſſen, die eheliche Gemeinſchaft, wie es chriſtlichen Eheleuten geziemt, fortzuſetzen.

Denn wenn gleich die verfügte Trennung der Eheleute von Tiſch und Bett nach dem § 15. des mehrgedachten Geſetzes an ſich als zuläſſig erſcheint, ſo kommt doch in vorliegendem Fall in Betracht, daß für den Zweck, welchen der Richter dabei einzig und allein im Auge haben kann, die bisher bereits ſeit Jahren mit, wie es ſcheint, nur kurzen Unterbrechungen factiſch Statt gefundenen Trennung der Eheleute ſich als durchaus unwirkſam erwieſen hat, und daß daher bei der nach dem Ergebniſſe des Beweiſes vorliegenden Unmöglichkeit einer gänzlichen Scheidung der Ehe nichts anderes übrig bleibt, als die Streittheile zu nöthigen, ſich wieder zu vereinigen, wo denn durch die Nothwendigkeit des Zuſammenlebens

möglicher Weise erzielt werden wird, was die bisherige Trennung nicht zu leisten vermochte.

Da indessen die Beklagte ihrerseits sich bei dem vorigen Erkenntnisse beruhigt, und auch die ihr gebotene Gelegenheit, dasselbe adhaerendo anzufechten, nicht benutzt, vielmehr sich mit ihrer Vernehmlassung in dieser Instanz hat präcludiren lassen, so war es, um nicht in pejus zu reformiren, bei der verfügten temporären Trennung zu belassen.

Von den eventuellen Beschwerden geht

II. die erste dahin, daß der Kläger schuldig erkannt sei, während der Dauer der Trennung seiner Ehefrau monatlich fl. 8 Alimente zu zahlen.

Da bei dieser Bestimmung natürlich vorausgesetzt ist, daß die Beklagte, den ihr überlassenen gemeinschaftlichen Sohn mit zu unterhalten habe, so erscheint das Quantum der Alimente, auch mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte noch außerdem aus einer Familienstiftung monatlich fl. 6 beziehe, durchaus angemessen, zumal da der Kläger der Behauptung der Beklagten, daß sie wegen eines Stiches in der Hand zu eigenem Verdienst unfähig sei, für geständig angenommen ist.

Ebenso unbegründet ist endlich

III. die zweite eventuelle Beschwerde, daß der gemeinschaftliche Sohn während der Dauer der Trennung der Beklagten überlassen worden sei, da der Kläger als Excentrikswärter auf der Eisenbahn offenbar gar nicht im Stande ist, sich der Erziehung des Sohnes, falls es jetzt noch einer solchen bedarf, irgend persönlich annehmen können. Übrigens dürfte diese Beschwerde sich dadurch erledigen, daß der Sohn mittlerweile schon achtzehn Jahre alt geworden ist, also ohne Zweifel gar nicht mehr bei der Mutter, deren nachtheiligen Einfluß auf ihn der Kläger zu befürchten angibt, im Hause lebt.

Wie es bei ergehender Confirmatoria in der Hauptsache, auch bei der Compensation der Kosten voriger Instanz, gegen welche der Kläger seine vierte Beschwerde gerichtet hat, sein Verbleiben behalten muß, so war Letzterer unbedenklich in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

12.

Joseph Ritzefeld in Cöln, Intervenient, wider **M. S. Sonnemann**, Intervent, Cession betreffend, zur Sache des Letzteren, Klägers, wider **Beylen Forstmann & Comp.** in Rodenkirchen, Beklagte, wegen Erfüllung eines Kaufcontractes.

Vorbemerkung.

Kläger hatte in dem bei dem Stadtgerichte gegen die Beklagte erhobenen Prozeß einen Arrest auf das Guthaben der beklagten Handlung bei dem hiesigen Handelsmanne J. B. Strunck erwirkt, wogegen Ritzefeld, welchem eben dieses Guthaben von dem mit der Liquidation der beklagten Handlung beauftragten J. Beylen bereits früher cedirt worden war, zur Geltendmachung seiner Cession als Intervenient auftrat. Es handelt sich dermalen lediglich um die Beurtheilung des dem Interventen nachgelassenen und von ihm angetretenen Beweises, daß die an den Intervenienten geschehene Cession nur zum Schein und nicht in Wirklichkeit geschehen sei.

Das Stadtgericht I. hatte durch Erkenntniß vom 4. Mai 1853 den Beweis als zur Hälfte erbracht und auf Ableistung des Erfüllungseides erkannt. Auf Appellation des Intervenienten wurde durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 5. August 1853 der Beweis für bis auf die Eidesdelation verfehlt erachtet, das stadtgerichtliche Erkenntniß aufgehoben und dem Kläger die Ableistung des deferirten Eides auferlegt. Auf die hiergegen verfolgte Appellation des Interventen wurde durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 9. Februar 1854 das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache lediglich bestätigt.

Aus den Entscheidungsgründen zum **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.**

A. Die auf Herstellung des stadtgerichtlichen Urtheils vom 4. Mai vorigen Jahrs abzweckende Beschwerde des Interventen war zu verwerfen, und das vorige Urtheil in der Hauptsache zu

bestätigen. Es ist nämlich durch die beiderseitige Beweisführung der Beweis, daß die unterm 26. September 1851 von J. Beylen an Ritzefeld beschaffte Cession des der Handlung Beylen Forstmann & Comp. an Strunck zustehenden Guthabens zum Betrage von 402 Thlr. 12 Sgr. 11 Pf. simulirt sei, nicht bis zum Erfüllungseide geführt worden. Denn

a) die für die Annahme einer Simulation nicht unwichtige Frage, ob Cessionar die Gegenleistung aus dem der Cession zum Grunde liegenden Geschäft entrichtet habe, ist unerwiesen geblieben. Zwar vermeint Intervent, die Nichtberichtigung sei dadurch erwiesen, daß Intervenient in der Replikenschrift das in der Vernehmlassung enthaltene Abläugnen nicht abermals in Abrede genommen habe, mit dem Anfügen, wie sich die Sache anders verhalte. Allein dieses Verlangen würde nur zu einer Wiederholung der in der Klagschrift enthaltenen Behauptungen geführt haben, deren es nicht bedurfte.

— — — — — — — — —

b) Andererseits ist der von dem Intervenienten — — versuchte Gegenbeweis für verfehlt zu erachten. Anlangend sodann

c) den von dem Interventen versuchten Urkundenbeweis, — — — so ergibt sich aus solchem nichts für die zu beweisende Simulation.

— — — — — — — — —

Von Erheblichkeit dagegen ist

d) das Schreiben Ritzefeld's an Strunck vom 28. März 1852.

Da dieser nämlich auf die Zuschrift des Ersteren vom 6. März 1852 um deßwillen nicht geantwortet hatte, weil von Elven die am 1. Juni dem Strunck gemachte Mittheilung, daß einer Zahlung des Guthabens von Beylen Forstmann & Comp. an Ritzefeld abseiten der Beylen'schen Masse nichts entgegenstehe, versehentlich verzögert war, so fand sich Ritzefeld veranlaßt, den Strunck abermals um Einsendung jenes Saldos zu mahnen, wobei er hinzufügt, daß er angewiesen sei, diesen Betrag an die Herren J. W. Hellwitz Söhne in Cöln für rückständige Miethe der obigen Firma auszuzahlen. Er hoffe demnach, daß Strunck die Auszahlung nicht länger verzögern würde, indem Hellwitz jetzt

dringend auf Zahlung bestehe und Beylen Forstmann & Comp. dadurch in Verlegenheit kommen würden, mit welchen Worten die in dem Schreiben Ritzefeld's vom 6. März 1852 vorkommende unbestimmte Äußerung: „daß er das Geld zu einem bestimmten Zwecke gebrauche," in Verbindung gesetzt ist. Da man nun die Worte in dem erstgenannten Schreiben „diesen Betrag" in dem Sinn aufzufassen hat, daß damit der Inhalt der Forderung von Beylen Forstmann & Comp. an Strunck und nicht etwa ein jenem Inhalt entsprechender Betrag bezeichnet werden soll, welchen Ritzefeld als Mittelsperson an J. W. Hellwitz Söhne zu berichtigen habe, so liegt in der gedachten Äußerung, der äußern Erscheinung nach, ein außergerichtliches Geständniß Ritzefeld's dahin, daß eine wahre Cession des Guthabens an Ritzefeld überall nicht Statt gefunden habe, vielmehr eine Cession an solchen etwa vier Wochen vor Ausbruch des Concurses über Jacob Beylen's Vermögen nur um deßwillen geschehen sei, um dadurch eine Summe disponibel zu halten, welche bei einem dereinst mit den Gläubigern abzuschließenden Concordat benutzt werden könnte. Ein solches Geständniß würde nun an sich von großem Gewichte sein, wenn sich die Absicht, es abzulegen, in Beihalt der unter den in Rede stehenden Personen obwaltenden Verhältnissen mit Sicherheit annehmen ließe. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Denn andererseits ist auch die Auffassung nicht ohne Wahrscheinlichkeit, welche Ritzefeld dem Inhalt des Schreibens vom 28. März gibt: er habe die Handlung Beylen Forstmann & Comp., den Committenten von Strunck, in den Vordergrund gestellt, um diesem ein Motiv zur Zahlung zu geben, die Anweisung Beylen's zur Zahlung an Hellwitz beruhe auf einer spätern, den Bestand der Cession nicht berührenden Übereinkunft. Hiernach läßt sich aus jenem Schreiben nicht mehr als ein zur Auferlegung eines Reinigungseides an den Intervenienten, welchen dieser als Wahrheitseid abzuleisten im Stande ist, führender Verdachtsgrund entnehmen. Nicht verstärkt wird das bisherige Resultat der Beweisführung der Interventen.

e) Durch die Aussagen des Zeugen Strunck

— — — — — — — — —

Digitized by Google

Es fragt ſich daher nur noch

f) ob und in wie weit durch die Erklärung des Elven vom 24. Juli 1852 und namentlich durch deſſen in dem gegenwärtigen Rechtsſtreit abgelegtes gerichtliches Zeugniß an vorſtehendem Ergebniß etwas geändert wird.

— — — — — — — —

Durch dieſe Ausſagen werden zwei Anzeigen gegen die Simulation, beziehungsweiſe den producentiſchen Beweis derſelben, gewonnen. Die erſte, genereller Art, beſteht in der von dem Syndic erklärten Überzeugung, daß der Cridar keine Perſon ſei, zu welcher man ſich der Simulation habe verſehen dürfen, die zweite liegt in dem bekundeten Geſchäftsverkehr zwiſchen Ritzefeld und Jacob Beylen.

Beide Anzeigen werden nun zwar theils durch Elven's fernere Angabe, daß ihm die Details der Sache nicht mehr vollſtändig im Gedächtniſſe ſeien, ſowie durch die bekundete ungenaue Buchführung des Jacob Beylen kurz vor Ausbruch des Concurſes einigermaaßen, jedoch nicht in ſo weit geſchwächt, daß nicht immer noch eine ſo ſtarke Vermuthung für die Rechtsbeſtändigkeit der Ceſſion übrig bliebe, daß ſolche geeignet iſt, die den Ausführungen unter d zufolge aus dem Schreiben vom 28. März 1852 hervorgehende Vermuthung ſelbſt dann zu paralyſiren, wenn man auch noch überdies die in dem Beweisverfahren nicht in Bezug genommene generelle Vermuthung daraus hinzunimmt, daß die in Rede ſtehende Ceſſion erſt Statt gefunden hat zu einer Zeit, wo Sonnemann gegen Beylen Forſtmann & Comp. in Frankfurt bereits klagbar geworden war. Es mußte daher bei dem vorigen Erkenntniſſe belaſſen und durfte der in ſolchem dem Intervenienten zuerkannte Schiedseid in einen demſelben aufzuerlegenden Reinigungseid um ſo weniger verwandelt werden, als Intervent eine auf deſſen Auferlegung gerichtete Bitte in den Acten nicht ausgeſprochen hat und es mithin zweifelhaft iſt, ob die zwiſchen einem angenommenen Schiedseid und einem zuerkannten Reinigungseid obwaltenden, nach deren Ableiſtung hervortretenden juriſtiſchen Wirkungen für den Interventen irgend von Intereſſe ſind.

B. Die Adhäſionsbeſchwerde des Intervenienten iſt theilweiſe

begründet. Ein Rechtsgrund, die Koſten erſter Inſtanz nach mißlungenem Beweiſe der Simulationseinrede zu vergleichen, iſt nicht vorhanden, liegt auch namentlich nicht darin, daß nunmehr der Rechtsſtreit durch einen Schiedseid zu Ende gebracht wird.

Schwört Intervenient denſelben aus, ſo hat er einen Anſpruch auf das Strunck'ſche Guthaben, ſowie darauf, daß ihm ſämmtliche Koſten des Interventionsprozeſſes in erſter Inſtanz erſtattet werden. Weigert er den Eid, ſo wird er mit ſeinem Anſpruch abzuweiſen und in ſämmtliche Koſten zu verfällen ſein. Auch der Umſtand, welcher allerdings zu einer Koſtenvergleichung berechtigt, daß es ſich in dem Rechtsſtreit um dritte Perſonen betreffende Thatſachen handle, von deren Richtigkeit ſich die Partei erſt durch Führung des Rechtsſtreites habe überzeugen können, liegt hier nicht vor.

Der Anſpruch des Intervenienten war durch die Ceſſionsurkunde von Anfang an klar, ob der Intervent ſich in dem Beſitze von Beweismitteln befinde, durch welche er die von ihm vorgeſchützte Einrede der Simulation zu bewahrheiten im Stande ſein möchte — dieſes zu prüfen war ſeine Sache. Da aber in dem vorigen Erkenntniſſe nur der Eid normirt, nicht das Endurtheil in der Hauptſache hinzugefügt iſt, ſo war die Abänderung des vorigen Erkenntniſſes darauf zu beſchränken, daß die erkannte Koſtenvergleichung in Betreff der erſten Inſtanz aufgehoben und die Entſcheidung in Betreff der Koſtenfrage von dem Enderkenntniß in der Hauptſache abhängig gemacht ward.

Die Vergleichung der Koſten zweiter Inſtanz dagegen iſt dadurch gerechtfertigt, daß in dem Enderkenntniſſe des Appellationsgerichts das Urtheil des Stadtgerichts aufgehoben worden iſt. Die Adhäſionsbeſchwerde iſt daher inſoweit unbegründet.

Die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz hat Intervent bei dem Ungrunde ſeiner Beſchwerde allein zu tragen, woran auch dadurch, daß die Beſchwerde des Adhärenten nur theilweiſe für begründet erachtet werden konnte, nichts geändert wird, indem durch letztere eine nennenswerthe Koſtenvermehrung nicht entſtanden iſt.

13.

Jacob Steinhäuſer III. zu Butzbach, Kläger, wider **Johann Simon Kitz** und deſſen Ehefrau, Teſtamentserben, Beklagte, wegen Forderung, insbeſondere Reſtitution betreffend.

Auf Beweisantretung von Seiten des Klägers war der Gerichtscommiſſion die Vernehmung der Zeugen, welche Kläger, ſeinem Erbieten gemäß, in dem anzuberaumenden Termine zu ſiſtiren habe, aufgetragen worden. Derſelbe wurde nun von der Gerichtscommiſſion zum Siſtiren der Zeugen vorgeladen unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß er ſonſt als auf dieſe Zeugen verzichtend angeſehen werde. Als nun Kläger gleichwohl einen der Zeugen nicht ſiſtirte, wurde auf Anrufen vom Stadtgericht decretirt:

„Kläger wird dem angedrohten Präjudiz gemäß als auf die Vernehmung des Zeugen Herling verzichtend erachtet.“

Auf demnächſt nachgeſuchte Reſtitution erging der

Beſcheid des Stadtgerichts I. vom 15. Auguſt 1853:

„Es wird in Ermangelung genügender Reſtitutionsgründe die nachgeſuchte Reſtitution verworfen und Kläger in die Koſten dieſes Verfahrens verurtheilt.“

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. October 1853.

Auf Appellation des Klägers.

Eine laesio für den Appellanten iſt in dem Verluſt eines Zeugen und der dadurch herbeigeführten Beſchränkung ſeiner Rechtsverfolgung unverkennbar vorhanden; eine causa restitutionis aber kann in dem Umſtande gefunden werden, daß dem Producenten Zwangsmittel zur Siſtirung des fraglichen Zeugen nicht zuſtehen und kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß hier, wo der Beweis der Klage in Frage ſteht, ein Sachverſchleif beabſichtigt werde.

Es wird daher, unter Abänderung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes vom 15. Auguſt 1853 zu Recht erkannt:

1) daß dem Kläger die nachgeſuchten Reſtitutionen zu ertheilen, Kläger aber ſchuldig iſt, die durch das gegenwärtige Reſtitutionsgeſuch in voriger Inſtanz erwachſenen Koſten allein zu tragen, resp. den Beklagten zu erſtatten.
2) die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz werden verglichen.
3) die ſtadtgerichtlichen Acten ſind zurückzuſenden.

Auf hiergegen verfolgte Appellation der Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 11. Februar 1854 beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Beurtheilung der von dem Beklagten aufgeſtellten, die Wiederherſtellung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes bezweckenden Beſchwerde in der Hauptſache hängt von der Beantwortung der Frage ab: ob Kläger ohne eigenes Verſchulden durch den Ausſchluß mit der Vernehmung des Zeugen Herling verletzt ſei, ob ihm ein Reſtitutionsgrund zur Seite ſtehe, und ob Beides ausreichend beſcheinigt ſei. Dieſe Fragen müſſen ohne Weiteres zu Gunſten des Klägers beantwortet werden, wenn anzunehmen iſt, entweder daß die Stadtgerichtscommiſſion in ihrer Vorladung vom 23. Juni 1853 in Anſehung der Siſtirung der Zeugen ein rechtswidriges Präjudiz angedroht habe, oder daß der von dem Kläger in dem Zeugenvernehmungstermine vom 24. Juni 1853 geſtellte Antrag auf Vorberaumung anderweitiger Tagefahrt zur Siſtirung des Herling von dem Stadtgerichte mittelſt Beſchluſſes vom 4. Juli 1853 ohne Grund verworfen ſei. Da nämlich die interimiſtiſche Prozeßordnung Art. 29. wider Decrete, durch welche ein Theil mit ſeiner rückſtändigen Handlung ausgeſchloſſen wird, die Appellation verſagt, und nur wegen hinlänglich beſcheinigter Gründe Reſtitution geſtattet, ſo muß es für zuläſſig erachtet werden, Zwecks Erlangung der Reſtitution die Rechtsbeſtändigung der Verfügungen einer Prüfung zu unterziehen, welche die Vorausſetzungen des erkannten

Ausſchluſſes bilden. Nun ſteht aber in Betreff des Präjudizes ſo viel rechtlich feſt, daß der Richter nicht befugt iſt, ſtrengere Ungehorſamsſtrafen anzudrohen, als das Geſetz vorſchreibt, ſo wie, daß nach gemeinem Rechte, welches durch ein Frankfurtiſches Particulargeſetz nicht abgeändert iſt,

vergl. Reform. Th. 1. Tit. 32. § 11 — 13.

Orth Anmerkungen Th. 5. Seite 700. z. E. bis 702. z. A. 738.

Adlerpflycht Frankf. Privatrecht. Th. 5. § 115. S. 1218.

Bender Civilproz. § 59. Seite 195 und 196.

Geſetz vom 23. Mai 1848.

für den Fall, daß ein Zeuge im Vernehmungstermin ausbleibt, der Verzicht auf ſolchen nicht angedroht werden darf. Es würde ſich daher nur fragen, ob ſolches in Frankfurt in einem Falle der vorliegenden Art, wo ſtatt der Vernehmung mittelſt Requiſition der auswärtigen Behörde, dem Producenten ſelbſt die Siſtirung der fremden Zeugen überlaſſen ward, durch eine conſtante Gerichtspraxis eingeführt worden iſt. Einer Aufklärung dieſes Punktes bedarf es jedoch nicht, weil jedenfalls das Geſuch um Anberaumung eines anderweitigen Termins zur Abhörung der Zeugen in dem vorliegenden Fall eine Berückſichtigung hätte finden ſollen. Da nämlich durch das Erſcheinen der beiden anderen Zeugen es ausreichend wahrſcheinlich gemacht war, daß den Kläger ein Verſchulden in Betreff der Siſtirung des Herling nicht treffe, auch zwiſchen der Vorladung an den Anwalt des Klägers in Frankfurt und der Vernehmung der zu Butzbach wohnenden Zeugen nur ein Zwiſchenraum von drei Tagen liegt, ſo mußte das Stadtgericht in Beihalt des Art. 28. der interimiſtiſchen Prozeßordnung ſtatt des Ausſchluſſes einen neuen Termin zur Vernehmung des Herling anberaumen. Das hierdurch allein ſchon ausreichend begründete Reſtitutionsgeſuch erſcheint überdies dadurch gerechtfertigt, daß ſämmtliche oben aufgeworfene Fragen zu Gunſten des Klägers zu bejahen ſind. Er iſt nämlich

1) durch den Ausſchluß mit einem Zeugen, welchem er die beſte Wiſſenſchaft vom Inhalt des Beweisſatzes beimißt, an ſich verletzt, ohne daß es darauf ankäme, was durch die Ausſagen der

übrigen auf seinen Antrag abgehörten Zeugen etwa erwiesen sein möchte. Er hat diese Verletzung nicht schuldvoll herbeigeführt, indem die freiwillige Sistirung der Zeugen von dem Stadtgerichte genehmigt war, und es auf die Motive zu der deßfallsigen Bitte nicht weiter ankommt. Sodann muß

2) ein Restitutionsgrund in der den Kläger treffenden nothgedrungenen Versäumniß in der Wahrnehmung seiner Rechte gefunden werden, welche Versäumniß sich dem richterlichen Ermessen als unverschuldet darstellt, sobald bescheinigt ist, daß Kläger den betreffenden Zeugen, über dessen Willen ihm keine Gewalt zusteht, ersucht habe, an dem Tage der Zeugenvernehmung vor dem Stadtgericht in Frankfurt zu erscheinen. Eine deßfallsige Behauptung des Klägers liegt implicite darin, daß derselbe in seinem Gesuch am 9. Juni 1853 erklärt hat, wie er gehofft habe, daß die Zeugen mit ihm nach Frankfurt gehen würden, Herling jedoch am Verhörstage auf der Eisenbahn nicht erschienen sei. Eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung darf, abgesehen von dem deßfallsigen Erbieten zur eidlichen Bestärkung, welche zu einer Zeit erfolgt ist, wo Kläger wegen Meineides nach den Angaben der Beklagten noch nicht verurtheilt war, in dem Umstande gefunden werden, daß die beiden anderen Zeugen erschienen sind, und sich nicht absehen läßt, wie Kläger hätte veranlaßt sein können, sich an der Aufforderung in Betreff desjenigen Zeugen zu versäumen, welchen er für den wichtigsten erklärt. Einer Bescheinigung darüber aber, aus welchem Motiv der Zeuge nicht erschienen sei, bedarf es überall nicht.

Aus dem Ungrund der ersten Beschwerde des Klägers ergibt sich, daß auch die zweite, welche den Kostenpunkt betrifft, zu verwerfen ist, indem daneben in Betracht kam, daß der Rechtssatz, nach welchem die Restitution auf Kosten des Imploranten erfolgt, nur auf die Kosten erster Instanz zu beziehen, und für die Beurtheilung derer, welche in den ferneren Instanzen erwachsen, nicht maßgebend ist. Die Vergleichung der Kosten voriger Instanz rechtfertigt sich also aus dem Wechsel der Erkenntnisse. Die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten jetziger Instanz dadurch, daß sie durch das vorige Urtheil nicht beschwert sind.

14.

L. D., Klägerin und Widerbeklagte, wider **F. C. M. W.**, Beklagten und Widerkläger, wegen Forderung aus Schwängerung und Eheverſpruch.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 24. Januar 1853.

In Erwägung, daß

1) Klägerin behauptet, daß der Beklagte ſie geſchwängert und ihr die Ehe verſprochen habe,

2) in einem ſolchen Fall aber Privatvergleiche durch das Geſetz vom 20. Januar 1739 ſchlechterdings verboten und daher für ungültig zu erachten ſind, ſonach

3) die lediglich auf die in Frage ſtehende Übereinkunft begründete Klage als unzuläſſig erſcheint, und

4) Beklagter und Widerkläger dasjenige, was er in Folge des ungültigen Vergleichs an die Klägerin oder deren Mandatarin bezahlt hat, zurückzufordern berechtigt iſt,

— — — — — — — — —

I. wird Klägerin mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abgewieſen und zum Erſatz der dem Beklagten in conventione entſtandenen Prozeßkoſten verurtheilt,

II. (in der Widerklage) haben salv. reprob. zu beweiſen:

— — — — — — — — —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 13. April 1853.

Auf Appellation der Klägerin.

— — — — — — — — —

Da nun Klägerin behauptet:

a) das am 9. Juli 1850 geborne Kind rühre aus dem zwiſchen ihr und dem Beklagten gepflogenen Umgange her,

b) Beklagter habe ihr die Ehe verſprochen und wegen Nicht-

haltung dieſes Verſprechens ihr fl. 500 Entſchädigung und außerdem noch fl. 8, resp. fl. 10, monatlich für Alimentation des Kindes zugeſagt,

c) die an ſie geleiſtete Zahlungen ſeien nicht auf das Abfindungsquantum, ſondern auf die Alimente geleiſtet worden, während die an die Sch. geleiſteten Zahlungen ſie nichts angingen, und daß fl. 38 für Niederkunftskoſten und Anſchaffung von Kindszeug, ſodann fl. 50 zu Rödelheim deponirt worden, damit das Kind dort in Koſt gegeben werden dürfe, und daß Beklagter ihr dieſe fl. 50 geſchenkt habe,

ſo muß auf Beweis erkannt werden.

Zwar wendet Beklagter ein, der Vertrag, wodurch die fl. 500 verſprochen worden, ſei nichtig, weil ihm ſolcher durch Drohungen abgelockt worden. Dieſe — wenn ſie auch wirklich Statt gehabt haben ſollten, würden jedoch nicht hinreichen, um einen an ſich rechtsgültigen Vertrag umzuſtoßen.

Dahingegen gründet das Stadtgericht die Ungültigkeit des Vertrags auf das Edict vom 20. Januar 1739. Dieſer Anſicht kann aber nicht beigeſtimmt werden, denn

1) handelt es ſich hier von einer Schwängerungs-, resp. Alimentationsklage, welche auch ganz nach Vorſchrift des Art. 10 der Prozeßordnung vom Jahr 1819 nicht bei dem Plenum des Stadtgerichts, ſondern bei der Gerichtscommiſſion angebracht und von dieſer verhandelt wurde,

2) es kann keinen Zweifel leiden, daß ſich eine Geſchwächte mit dem Schwängerer wegen ihrer Privatanſprüche, ganz abgeſehen von den Rechten des Kindes, vergleichen könne,

3) wenn gleich über künftige Alimente kein Vergleich in der Art abgeſchloſſen werden kann, daß dafür ein für allemal ein Averſionalquantum ſtipulirt werden ſoll, ſo leidet es doch keinen Zweifel, daß über das Quantum der jährlich oder monatlich zu reichenden Alimente ein Vertrag abgeſchloſſen werden könne,

l. 8. §. 6 und 24. D. de transact. (2. 15.)

zumal wenn die zugeſagten Alimente den geſetzlichen gleich oder höher beſtimmt werden, mithin zum Vortheil des Kindes gereichen,

4) das Edict vom 20. Januar 1739 ſteht dieſem nicht entgegen, denn theils ſpricht dieſes nur von Scheinvergleichen, worin der wahre Vater verſchwiegen und ein anderer angegeben wird — theils von dem Fall, daß wenn ein förmlicher Eheverſpruch Statt gefunden, ſolcher in öffentlichem Intereſſe nicht durch Privatvergleiche wieder aufgehoben werden ſoll.

Keiner von dieſen beiden Fällen liegt hier vor, denn der wahre Vater ſoll nicht verſchwiegen und ein anderer vorgeſchoben werden, auch beſteht kein förmlicher Eheverſpruch der durch einen Privatvergleich aufgehoben werden ſoll.

Unter dieſen Umſtänden wird das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 24. Januar 1853 dahin abgeändert, daß

1) Klägerin zu erweiſen habe,

a) daß Beklagter zu einer ihrer Niederkunft entſprechenden Zeit ſich mit ihr fleiſchlich vermiſcht und ihr bei dieſer Gelegenheit die Ehe verſprochen habe,

b) daß Beklagter ihr verſprochen habe, monatlich fl. 8 Alimente für das Kind zu bezahlen,

c) daß die vom Beklagten nach und nach an ſie bezahlte Gelder als Alimente für das Kind bezahlt worden,

d) daß die bezahlten fl. 38 lediglich zur Beſtreitung der Koſten des Wochenbettes und für Anſchaffung für Kindszeug bezahlt worden, die weiteren fl. 50 aber ihr vom Beklagten geſchenkt worden.

2) Dem Beklagten außer dem directen Gegenbeweis auch noch der Beweis ſeiner Einreden:

a) daß er fl. 301 oder wie viel weniger auf die Abfindungsſumme von fl. 500 bereits bezahlt habe,

b) daß an die Sch. Zahlungen und in welchem Betrag, und daß ſolche im Auftrag und für Rechnung der Klägerin geleiſtet worden,

c) daß er zum Behuf der Vollziehung des mit der Klägerin abgeſchloſſenen Vergleichs und in Folge deßfallſiger Vereinbarung mit derſelben zu ihren Gunſten einen auf die Sch. als Gläubigerin lautenden Schuldſchein über fl. 500 ausgeſtellt habe.

3) Daß je nach dem Ergebniß dieſer Beweiſe in der Klage und Widerklage zu erkennen ſei, was Rechtens.

Die in gegenwärtiger Inſtanz erwachſenen Koſten werden wegen Wechſels der Erkenntniſſe gegen einander aufgehoben und die Rückſendung der Acten verordnet.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäſion der Klägerin wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 25. Februar 1854 beſtätigt.

Entſcheidungsgründe.

Anlangend

I. die lediglich gegen die in zweiter Inſtanz erkannte Zulaſſung der erhobenen Klage und auf Herſtellung des Stadtgerichtserkenntniſſes, nicht aber gegen die vom Appellationsgerichte beliebten Beweisauflagen, welche Appellant vielmehr eventualiter als durchaus ſachgemäß anerkannt hat, gerichtete Appellation des Beklagten, ſo wird zwar die gegen heimliche Vergleiche in Schwängerungsſachen ergangene Verordnung vom 20. Januar 1739,

Beyerbach's Sammlung Th. 3. Seite 563.

auf welche hin das Stadtgerichtserkenntniß die Klägerin angebrachtermaßen abgewieſen hat,

1) auf den Fall eines mit der Schwängerung concurrirenden förmlichen Eheverſprechens nicht beſchränkt, noch dahin gedeutet werden können, daß dieſelbe lediglich auf die von den Notaren verhandelten und aufgenommenen Vergleiche, dagegen auf die von den Parteien ſelbſt geſchloſſenen ſo wenig ſich beziehe, als auf gerichtliche Abkommen der Art. Eine derartige reſtrictive Deutung würde weder mit dem Geiſte und Sinne jener Verordnung, noch mit deren Wortlaute, vollends im Beihalte der gleichzeitigen Legislation, ſich füglich vereinbaren laſſen, aus welcher letzteren

vergl. Conſiſtorialordnung Tit. VII. § 17. (ebendaſelbſt Seite 415.)

Edict an die Pfarrer vom 20. Januar 1729. (ebendaſelbſt Seite 433.)

Mandat wider unzüchtigen Umgang mit Soldaten, vom 1. Februar 1729. (ebendaſelbſt Seite 565.)

Mandat gegen heimliches Eheverlöbniß vom 15. September 1733. sub 1 und 2. (ebendaſelbſt Seite 559 flg.)

Mandat gegen Entführung, ejusd. dat. (ebendaſelbſt Seite 557.)

namentlich dies ſich ergibt, daß die Ausdrücke „Eheverſpruch" und „Eheverſprechen" ſowohl unter ſich als mit den Worten „Ehegelübde" und „Eheverlöbniß" ganz ſynonym zu behandeln ſind, und auf jedwelche Ehezuſage, gleichviel auf welchen Anlaß und in welcher Form geſchehen, gleichmäßig bezogen werden können. Allein zunächſt würde doch

2) die etwa gedachter Verordnung wegen unvermeidliche gänzliche Beſeitigung des zwiſchen der Klägerin und dem Beklagten getroffenen Abkommens nicht zu alsbaldiger Abweiſung der Klage führen können, weil dieſelbe vor Allem auf die Schwängerung und Ehezuſage gegründet iſt, auch in dieſer Beziehung, namentlich in Anbetracht des replikariſchen Vorbringens, der genügenden Subſtantiirung durchaus nicht entbehrt; vielmehr könnte der gänzliche Wegfall jenes Abkommens bloß dies zur Folge haben, daß ſelbſt nach Führung der annoch der Klägerin aufzuerlegenden Beweiſe, den Petitis der Klage, ſowie ſie nach Maßgabe jenes Abkommens geſtellt ſind, keinenfalls zu deferiren wäre. Sodann aber kann auch

3) die Unanwendbarkeit der fraglichen Verordnung auf den hier vorliegenden Fall bei näherer Erwägung keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

a) Gleichviel nämlich, ob man das Motiv des hier in Rede ſtehenden geſetzlichen Verbots in Rückſichten der öffentlichen Sittlichkeit finde, oder, was nach dem ganzen Zuſammenhange der Verordnung, namentlich aber nach den Worten „durch mehrentheils mit unterlaufende Practiquen" ꝛc. mindeſtens eben ſo ſehr der Fall iſt, in einer Fürſorge für das ſonſt leicht gefährdete Intereſſe der Geſchwächten, wird man dem darin enthaltenen Verbot aller zur Verheimlichung der wahren Väter dienenden Scheinvergleiche nur den Sinn unterlegen dürfen, daß hierdurch weder die Ausübung des richterlichen Strafamts gegen die wirklichen Schwängerer behindert ſein ſolle, noch der Geſchwächten für die aus der Schwängerung ihr erwachſenden Civilanſprüche ein Nachtheil entſtehen

dürfe, daß vielmehr ungeachtet ſolcher Reverſe und Vergleiche den gefährdeten Intereſſen des Gemeinweſens wie der Geſchwächten ſelbſt vollſtändiger Schutz geſichert bleiben und mittelſt ſolchen Privatabkommens dem Ermeſſen des Richters über die Folgen der Schwängerung in keiner Weiſe vorgegriffen ſein, und deßungeachtet das Gericht für befugt wie verpflichtet gelten ſolle, der Geſchwächten und ihrem Kinde dasjenige zuzuerkennen, was ihr von Rechtswegen gebührt und in Ermangelung ſolchen Vergleiches von dem Schwängerer und wahren Vater gewährt werden müßte. Iſt aber dies der allgemeine Sinn des Verbotes, daß ſolchen Verträgen begegnet werden ſolle, welche für die Geſchwächte wie im ſtaatlichen Intereſſe als verletzend anzuſehen wären, ſo kann auch dem hier ſpeciell in Betracht kommenden Schlußpaſſus: „Dafern aber“ ꝛc., welcher keine ganz neue, mit dem übrigen Inhalte der Verordnung außer allem Zuſammenhange ſtehende Beſtimmung enthält, nur der Sinn beigelegt werden, daß auch in dieſem Fall und wegen der aus dem Eheverſpruch für die Geſchwächte erwachſenden beſonderen Rechte ein ihr nachtheiliger Privatvergleich unpräjudizirlich für dieſelbe und unverbindlich ſein, und den Richter, an welchen ja noch ausdrücklich „die Entſcheidung lediglich verwieſen“ wird, auf keine Weiſe in Handhabung ſeines Amtes binden ſolle und könne. Auf ſolche Verabredungen alſo, welche der unter Eheverſpruch geſchwängerten Perſon zum Vortheile gereichen, wird die Verordnung, ungeachtet ſie die „Privatvergleiche“ ganz generell und zugleich „ſchlechterdings“ für verboten erklärt, überall nicht, und um ſo weniger bezogen werden dürfen, als dies nicht bloß mit dem in

L. 6. Cod. de legib. (1. 14.):

„Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus invendum videri.“

anerkannten Rechtsgrundſatz in Widerſpruch treten würde, ſondern auch in ſpecieller Beziehung auf das Verbot eines Vergleichs über Alimente in

L. 8. § 6. Dig. de transact. (2. 15.)

anerkannt iſt, daß ein zum Vortheile des Alimentationsberechtigten dienender Vergleich nicht ausgeſchloſſen ſei. Nun aber kann

b) dies vorliegenden Falls gar kein Bedenken haben, daß das zwiſchen Klägerin und Beklagtem getroffene Abkommen, da hierdurch nicht ſowohl Erſtere zum Verzicht auf die ohnehin nicht direct erzwingbare Erfüllung des Eheverſpruchs beſtimmt ſein will, als vielmehr, nachdem bereits die Ausſicht dazu in Folge der anderweiten Verlobung Beklagtens vereitelt war, nur das mehr arbiträre Quantum deſſen fixirt wurde, was ihr ſelbſt und ihrem Kinde aus der Schwängerung unter Eheverſpruch zukomme und zu Theil werden ſollte, in jeder Weiſe ein für ſie vortheilhaftes war. Dies iſt nicht etwa bloß nach der klägeriſchen Darſtellung, wonach die zugeſagte Abfindung von fl. 500 nur für den Nichteinſpruch gegen Beklagtens anderweite Verheirathung zugeſagt und daneben noch Alimente von fl. 8 monatlich für das Kind verſprochen, ſowie ihr ſelbſt anderweite Zuwendungen gemacht wären, ſondern ſelbſt dann, wenn Beklagtens Angabe, daß zur Abfindung für alle und jede aus der Schwängerung und Ehezuſage ihm irgend obliegenden Verbindlichkeiten obige Summe beſtimmt geweſen ſei, ſich in Folge der Beweisführung als richtig herausſtellte, und gleichergeſtalt nicht etwa bloß im Vergleiche zu denjenigen Alimenten- und Dotationsbeträgen, welche in Frankfurt in derartigen Schwängerungsfällen zuerkannt zu werden pflegen, vielmehr auch dann, wenn man, abſehend von dem deßfallſigen Gerichtsgebrauch, als Maßſtab für die bei Stuprationsklagen zu erkennende Entſchädigung dies behandelte, daß ein dem wahren Belaufe der Erziehungskoſten einigermaßen entſprechender Alimentationsbeitrag und eine ſolche perſönliche Entſchädigung müſſe der Geſchwächten gewährt werden, welche ihr zu anderweiter Verheirathung die Ausſicht eröffnete.

War nun dieſemnach die vom Appellationsgericht ausgeſprochene Zulaſſung der erhobenen Klage unbedenklich zu beſtätigen, es auch bei den gemachten Beweisauflagen, ſoviel den Beklagten betrifft, wegen deſſen Einverſtändniſſes ohne Weiteres zu belaſſen, ſo konnten auch

II. die von der Klägerin adhaerendo in Betreff der letzteren aufgeſtellten Beſchwerden, welche, da die beklagtiſche Appellation gegen das ganze decisum und dawider gerichtet iſt, daß überhaupt

auf Beweis erkannt worden, und da überdies Beklagter ohne allen Widerſpruch oder Vorbehalt auf die Adhäſion ſich eingelaſſen hat, für formell zuläſſig allerdings zu erachten waren, zu einer Änderung der Sententia a qua gleichfalls nicht führen.

Denn ſoviel

1) die Beſchwerde betrifft, daß der Klägerin nicht alternativ mit den ihr sub 1ª und 1b auferlegten Beweiſen noch der Beweis nachgelaſſen wäre, es habe ihr Beklagter verſprochen, ihr ſelbſt eine Entſchädigung von fl. 500 für das Eheverſprechen und für das Kind monatlich fl. 8 Alimente zu bezahlen, ſo iſt es klar, daß der Klägerin, inſofern durch dieſen Beweis der ihr auferlegte wirklich mit erbracht werden könnte, dies ohnehin ſchon unbenommen bliebe, ſonach die nicht ausdrücklich erfolgte Nachlaſſung gedachten Beweiſes zu einer Beſchwerde nicht gereichen kann, nicht minder aber auch klar, daß entgegengeſetzten Falls, und wenn als ein aequipollens des auferlegten der verlangte Beweis nicht zu erachten wäre, die Beweisauflage des Appellationsgerichts vollends gerechtfertigt erſcheint. Eher könnten vielmehr daraus Bedenken entſtehen, theils daß der sub a auferlegte Beweis des Eheverſprechens direct für die Zeit des Beiſchlafs durch die Worte „bei Gelegenheit“ auferlegt worden iſt, theils ob und in wie weit, Falls ad b, die Zuſage der Alimentation des Kindes erwieſen würde, ein Mißlingen des über Beklagtens Vaterſchaft und über die der Niederkunft entſprechende Zeit des Beiſchlafs ihr obliegenden Beweiſes der Klägerin präjudicirlich wäre, theils ob nicht der von ihr verlangte Beweis wenigſtens für den Fall von Erheblichkeit ſein möchte, daß ſie zwar den Beweis sub a, aber nicht den sub b, zu erbringen vermöchte, weil ſolchen Falls ihre Behauptung, nur für das Eheverſprechen die Abfindungsſumme von fl. 500 zugeſagt erhalten zu haben, unerwieſen bliebe, und ob nicht daher wenigſtens eventuell der Klägerin der beantragte weitere Beweis nachzulaſſen geweſen wäre. Allein in allen dieſen Richtungen hat dieſelbe über die Beweisauflagen sub 1, a und b, ſich nicht beſchwert, und war es bei dieſen daher ſchon aus formellem Grund, und zwar um ſo unbedenklicher zu belaſſen, als die Sententia a qua nach den der Beweisauflage vorangeſchickten Entſcheidungsgründen bei dem

Beweiſe sub b, gerade ein neben und außer der Abfindungsſumme ertheiltes Alimentenverſprechen vor Augen gehabt zu haben ſcheint, und je nach dem Ergebniſſe der ſämmtlichen anerkannten Beweiſe die freie Beurtheilung der Sache dem erkennenden Richter durch Vorbehalt geſichert hat.

Anlangend aber

2) die weitere Adhäſionsbeſchwerde der Klägerin, daß ihr die sub 1c und 1d erkannten Beweiſe als Gegenbeweis wider den sub 2a dem Beklagten injungirten Beweis bloß nachzulaſſen geweſen wäre, ſo ſind freilich die replicando erfolgten Angaben der Klägerin, die von ihr zugeſtandenen Rückzahlungen lediglich auf die Alimente für das Kind, resp. zur Beſtreitung der Kindbettkoſten und als beſonderes Geſchenk erhalten zu haben, als wahre replikariſche Entgegnung auf des Beklagten Behauptung anzuſehen, daß jene Zahlungen auf die für alle und jede Anſprüche der Klägerin zugeſagte Abfindung von fl. 500 erfolgt und anzurechnen ſeien. Nach Motivirung, wie Faſſung der Sententia a qua, iſt es aber einestheils klar, daß durch Zuſammen- und Voranſtellung der von der Klägerin zu erbringenden Beweiſe der ausdrücklich für den ganzen beiderſeitigen Beweis vorbehaltenen freien Beurtheilung in keiner Weiſe präjudicirt werden ſollte oder könnte; ebenſo wenig haben hierdurch jene Beweiſe in dem Sinne für cumulative und principale erklärt werden ſollen, daß eine der Klägerin günſtige Entſcheidung erſt und nur bei Erbringung aller, und dann ohne jede Rückſicht auf Ge- oder Mißlingen der beklagtiſchen Beweisführung erfolgen würde. So konnte es denn kein Bedenken haben, mit dieſer Erläuterung über das gegenſeitige Verhältniß der beiden Theilen gemachten Beweisauflagen, es bei denſelben lediglich zu belaſſen.

15.

Franz Deſſauer zu Aſchaffenburg, Kläger, wider **J. L. Aub**, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 7. Januar 1853

I. Der fremde Kläger hat für die Streitkoſten genügende Sicherheit zu leiſten.

II. Wenn es gleich ſcheinen könnte, daß die Beſtimmung des § 36 der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung, wonach

„der Zahlende die Echtheit der Indoſſamente zu prüfen nicht verpflichtet iſt,“

im Intereſſe des Wechſelverkehrs auch auf den Indoſſatar Anwendung finden müſſe, ſo unterliegt doch die analogiſche Ausdehnung dieſer von den Grundſätzen des gemeinen Civilrechts nicht nur, ſondern auch von den Wechſelgeſetzen der meiſten europäiſchen Staaten,

Seuffert's Archiv. Band III. Nr. 92.

abweichenden Beſtimmung auf denjenigen, welcher einen Wechſel in Folge freier Willensbeſtimmung mittelſt Indoſſaments erworben hat und ſich bezüglich der Echtheit dieſes letzteren offenbar in einem ganz andern Verhältniß, wie der Wechſelſchuldner, befindet, ſehr erheblichen Bedenken; auch ſchließt

III. die weitere Vorſchrift des § 36,

„daß der Inhaber eines indoſſirten Wechſels ſchon durch die zuſammenhängende Reihe von Indoſſamenten als Eigenthümer des Wechſels legitimirt iſt,“

nach Inhalt des § 74 nicht aus, daß der Beſitzer eines Wechſels, wenn er dieſen in böſem Glauben erworben hat oder wenn ihm bei deſſen Erwerbung eine grobe Fahrläſſigkeit zur Laſt fällt, zu deſſen Herausgabe genöthigt werden kann.

Digitized by Google

Nun wird zwar Seitens des Klägers dem Beklagten nicht aufgebürdet, daß er ſich bei Escontirung des fraglichen Wechſels einer Argliſt ſchuldig gemacht habe, allein von dem Vorwurfe grober Fahrläſſigkeit kann der Beklagte nicht freigeſprochen werden. Nach der ausdrücklichen Erklärung der beiden bei Berathung und Entſcheidung dieſer Sache zugezogenen Herren Handlungsaſſeſſoren entſpricht es dem hieſigen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechſel zum Escontiren angeboten wird, ſich über die Legitimation ſeines Indoſſanten vergewiſſere, und die Unterlaſſung dieſer Vorſchrift wird als grobe Fahrläſſigkeit betrachtet.

Daß der Beklagte irgend etwas gethan habe, um ſich von der Berechtigung ſeines Indoſſanten Überzeugung zu verſchaffen, hat er ſelbſt nicht behauptet. Durch dieſe ſeine Fahrläſſigkeit wurde der von dem Kläger behauptete Betrug zu deſſen Nachtheil ermöglicht.

Zwar kann von der Reclamation des Wechſels ſelbſt im Sinne des § 74 der allgemeinen Wechſelordnung nach Lage der Sache keine Rede mehr ſein; allein abgeſehen von der hier platzgreifenden Analogie, muß der Beklagte — deſſen grobes Verſehen einmal vorausgeſetzt — auch ſchon gemeinrechtlich zur Herausgabe deſſen, was er durch Weiterbegeben oder Eincaſſiren fuglos und zum Nachtheil des Klägers erhalten hat, ſchuldig erachtet werden.

Thöl's, Handbuch des Handelsrechts. Band II. Seite 504 bis 506.

Da indeſſen die Unechtheit des fraglichen Indoſſaments von dem Beklagten beſtritten iſt, ſo fällt allerdings dem Kläger der Beweis dieſes ſeinen Klaggrund bildenden Umſtands zur Laſt.

Demnach wird zu Recht erkannt:

1) Der fremde Kläger hat für die Streitkoſten binnen vierzehn Tagen eine Sicherheit von fl. 100 zu leiſten, bei Vermeidung, mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Koſtenerſatz, angebrachtermaßen abgewieſen zu werden.

2) Für den Fall der Leiſtung dieſer Caution hat Kläger, vorbehaltlich des Gegenbeweiſes, binnen gleicher vierzehntägiger Friſt darzuthun

„daß das Indoſſament, wodurch der in Frage ſtehende

Wechsel auf den Beklagten übertragen worden ist, ein falsches gewesen,"

worauf weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 21. März 1853.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung

1) daß, wenn der Kläger den in der Sententia a quo ihm auferlegten Beweis erbringt, damit feststeht, daß derjenige, von welchem der Beklagte sein Recht ableitet, unberechtigt gewesen ist, sonach der Beklagte durch denselben ein Recht auf die fragliche Urkunde nicht erwerben konnte, hiermit

2) auch die Specialbestimmungen des Wechselrechts nicht im Widerspruch, vielmehr geradezu in Einklang stehen, indem, wenn selbst die Vorschrift des Art. 36 der deutschen Wechselordnung — wie dies doch nicht der Fall — auf den Beklagten angewendet werden könnte, derselbe wegen der von ihm dem in dem Verkehr des hiesigen Platzes angenommenen, durch das Gutachten der zugezogenen Herren Handlungsassessoren bezeugten Verhalten entgegen, unverkennbar geübten groben Fahrlässigkeit, wodurch auch ohne vorausgegangenes Contractsverhältniß eine besondere Obligation begründet wird, zur Herausgabe des Wechsels angehalten werden dürfte,

3) diese Verpflichtung durch das Aufgeben des Besitzes, durch das Weiterbegeben des Wechsels nicht aufgehoben, hierdurch vielmehr nur die Folge herbeigeführt wird, daß an die Stelle des Objects der Werth desselben tritt, andern Falls der Zweck des Art. 74 der deutschen Wechselordnung — die Folgen des bösen Glaubens und grober Fahrlässigkeit — unerreichbar gemacht werden könnte; in endlicher Erwägung

4) daß der Beklagte das thatsächliche Fundament der gegen ihn erhobenen Klage durchweg bestritten hat, zu diesem Fundament aber nicht bloß die mit dem Indossamente vorgegangene Fälschung, sondern auch der weitere Umstand gehört, daß der Wechsel zur

Zeit der Präsentation zur Acceptation in den Besitz von K. zu Offenbach noch nicht gelangt war, indem, wenn der Wechsel aus dem Besitze von K. entkommen sein sollte, das Interesse des Klägers und somit die Klagberechtigung desselben hinwegfällt —

wird die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 7. Januar 1853 eingebrachte Appellation des Beklagten im Übrigen zwar verworfen, der in diesem Erkenntniß aufgestellte Beweissatz aber dahin bestimmt:

„daß das Indossament, wodurch der in Frage stehende Wechsel auf den Beklagten übertragen worden, ein falsches und der Wechsel zur Zeit seiner Präsentation zur Acceptation noch nicht in den Besitz von K. zu Offenbach gelangt gewesen sei."

II. Die Kosten der gegenwärtigen Appellation werden verglichen und sind die vorderen Acten zurückzusenden.

Auf weitere Appellation des Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 25. Februar 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Das auf die beklagtische Appellation abzugebende Erkenntniß war von der Beantwortung folgender drei Fragen abhängig zu machen:

I. Ist gegen Denjenigen, welcher sich bei der Erwerbung eines Wechsels grober Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, und gegen den der Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine Klage auf Herausgabe des Wechsels statuirt, auch eine Klage auf den Belauf des Wechsels begründet, falls er den letzteren, bevor die Unrechtmäßigkeit der ihm geschehenen Übertragung zu seiner Kunde gekommen, weiter girirt haben sollte?

II. Eventualiter: Ist dem Beklagten grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des fraglichen Wechsels zur Last zu bringen?

III. Eventualiter: Ist dem Beklagten darin beizupflichten, wenn er sich durch die Formirung des Beweissatzes für beschwert erachtet?

Anlangend die Frage

ad I. ſo haben ſich die Parteien mehrmals auf die von dem Ober-Appellationsgericht im Jahr 1847 in der Hamburger Sache

John Voß ca. M. M. Warburg & Comp.

abgegebene Entſcheidung und auf die in derſelben zur Anwendung gebrachten Principien bezogen. Auf jene Principien kommt es indeſſen nicht mehr an, nachdem im Art. 74 der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung eine neue geſetzliche Beſtimmung in Betreff des in Rede ſtehenden Punktes getroffen worden iſt.

Bis zur Einführung der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung waren gemeinrechtlich, wie alle übrigen beweglichen Gegenſtände, ſo auch Wechſel vindicabel, gleichviel ob ſie von dem Beſitzer im guten Glauben ohne denſelben erworben worden waren. Nur die Beſchränkungen, welche in dem zur Anwendung kommenden Particularrecht, entweder in Betreff der Vindicabilität im Allgemeinen („Hand muß Hand wahren") oder in Betreff gewiſſer einzelner Gegenſtände (au porteur-Documente und dergl.) begründet waren, modificirten die Anwendbarkeit jenes allgemeinen Grundſatzes. Gleichwohl hatte ſchon zu jener Zeit die Anſicht, daß Wechſel aus der Hand eines bonae fidei possessor nicht vindicirt werden dürften, ihre Vertreter.

Dies war der Rechtszuſtand um die Zeit, als die Leipziger Wechſelconferenz zuſammentrat. Auch die vorſtehend angedeutete Controverſe kam zur Erörterung und zwar wurde ſpeciell von dem oben angeführten Erkenntniſſe Veranlaſſung genommen, auf ſelbige einzugehen.

Conferenzprotocoll (Leipzig 1848) Seite 142 a. E. 143.

Anfänglich beſchloß freilich die Wechſelconferenz, keine auf die Vindicabilität von Wechſeln ſich beziehende Beſtimmung in das neue Geſetz aufzunehmen, vornehmlich, weil der Gegenſtand in das Civilrecht gehöre, und weil bei der Verſchiedenheit der rechtlichen Grundſätze über die Vindication in den einzelnen Staaten eine darin eingreifende Beſtimmung in der Wechſelordnung ſehr mißlich ſein würde, allein ſpäter iſt von dieſem Bedenken abgeſehen worden. In der ein und dreißigſten Conferenz

Conferenzprotocoll Seite 228 und 229.

iſt das Princip anerkannt und Aufnahme deſſelben in die Wechſelordnung beſchloſſen worden, daß der rechtmäßige Eigenthümer eines entfremdeten Wechſels denſelben von denjenigen Beſitzern, aber auch nur von dieſen, ſolle zurückfordern dürfen, welche entweder an der Verfälſchung des Indoſſaments Theil genommen, oder vor Einlöſung des Wechſels davon gewußt haben, oder bei gehöriger Aufmerkſamkeit die Unechtheit des Indoſſaments hätten entdecken können. Hiebei wurde die Frage, ob auch culpa lata hier in Betracht zu ziehen und dem dolus gleich zu behandeln ſei, einer beſondern Beſchlußnahme unterzogen und dahin affirmativ beantwortet,

„daß die Vindication auch dann zuläſſig ſein ſolle, wenn dem Beſitzer nur culpa lata zur Laſt falle.“

Die Formirung der in die Wechſelordnung aufzunehmenden Beſtimmung iſt dann der Redactionscommiſſion überlaſſen worden, deren Vorſchlag im § 75 des von ihr vorgelegten Entwurfes

Conferenzprotocoll Seite 263.

enthalten, und in der vier und dreißigſten Conferenz nach einer geringen Redactionsveränderung ſo angenommen worden iſt, wie der Art. 74 der Wechſelordnung gegenwärtig lautet.

Conferenzprotocoll Seite 240.

Bei der Unzweideutigkeit der Faſſung dieſes Artikels — deſſen Entſtehungsgeſchichte überdies in den angezogenen Theilen der Conferenzprotocolle vollſtändig vorliegt — beſteht kein Zweifel darüber, unter welchen Umſtänden Jemand zur Herausgabe eines Wechſels genöthigt werden könne, nämlich wenn der Beſitzer des Wechſels

„denſelben in böſem Glauben erworben haben oder ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrläſſigkeit zur Laſt zu bringen ſein ſollte.“

Hierdurch iſt indeſſen die in der vorliegenden Sache zu beantwortende fernere Frage, ob gegen Denjenigen, welcher einen unter den vorbemerkten Umſtänden erworbenen Wechſel weiter begeben oder ſich auf andere Weiſe des Beſitzes deſſelben entäußert haben ſollte, eine Klage auf den Wechſelbelauf ſtatthaft ſei, und

mithin in die Stelle der Klage auf den Wechſel ſelbſt trete, noch nicht entſchieden.

Abzuſehen iſt hier von dem Falle, wenn der Beſitzer eines Wechſels, um deſſen Verfolgung aus ſeiner Hand unthunlich zu machen, ſich abſichtlich des Beſitzes entäußert haben ſollte. Unter ſolchen Umſtänden würde, wie auch im Übrigen die in Betracht gezogene Frage zu beantworten ſein möge, ein fingirter Beſitz anzunehmen, und die Klage gegen den früheren Beſitzer, als beſäße er noch, zu geſtatten ſein. — Allein ein gleiches Reſultat wird auch dann eintreten müſſen, wenn im ordentlichen Laufe des Geſchäfts der Beſitzer des Wechſels denſelben ohne eine auf Vereitelung der Vindication gerichtete Abſicht weiter girirt oder dem Bezogenen gegen Empfang der Wechſelſumme ausgeliefert hätte. Und zwar ergibt ſich dies ſchon aus dem Wechſelrecht, insbeſondere aus der Stellung des Art. 74 in demſelben und zu dem Wechſelgeſchäft, abgeſehen aber hievon aus civilrechtlichen Argumenten.

Anlangend die beſondere Natur der wechſelrechtlichen Vorſchriften, ſo iſt ſchon in den Verhandlungen der Wechſelconferenz von einigen Mitgliedern derſelben darauf hingedeutet worden, daß es ſich bei der Vindication eines Wechſels der Hauptſache nach nicht um das Eigenthum an dem Papiere, ſondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechſel verbundenen Rechte handle, und daß man in den hieher gehörigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsſtreitigkeiten, ſondern nur Conflicte über perſönliche Rechte und deren Zuſtändigkeit zu erblicken habe.

Conferenzprotocoll Seite 143.

Hält man dies feſt, ſo kann in der Sanctionirung des Satzes, daß Jemand, der einen entfremdeten Wechſel unredlicher Weiſe oder auch nur culpa lata erworben habe, verbunden ſein ſolle, den Wechſel dem auf ſelbigen Berechtigten auszuliefern, nicht ſowohl eine auf die Wechſelurkunde — das Papier — ſich beziehende Vorſchrift erblickt werde, ſondern die eigentliche Bedeutung jener Beſtimmung beſteht darin, daß ein mala fide oder culpa lata Wechſelerwerber dem widerrechtlich Verkürzten das mit dem Wechſel verbundene Recht abzutreten habe. Die Abtretung dieſes Rechtes geſchieht, ſo lange der betreffende Erwerber noch im Beſitze des

Wechſels ſich befindet, durch Auslieferung der Wechſelurkunde, des Papiers; denn durch ſie wird der andere Theil vollſtändig in den Stand geſetzt, das ihm zuſtändige und zurückzuübertragende Recht auszuüben. Hat dagegen ſchon eine weitere Begebung oder ſonſtige Weggabe des Wechſels Statt gefunden, ſo iſt freilich von jener einfachen Art der Erledigung des Verhältniſſes abzuſehen, allein dies kann keinen Grund abgeben, um die Verbindlichkeit des unrechtmäßigen Wechſelerwerbers zur Abtretung des mit dem Wechſel verbundenen Rechts als erloſchen zu betrachten. Als eine Selbſtfolge ergibt es ſich vielmehr, daß in die Stelle des Wechſels ſelbſt die Valuta deſſelben trete.

Es kommt hinzu, daß die Vorſchrift des Art. 74 in der bei weitem größeren Mehrzahl der ſich ereignenden Fälle illuſoriſch ſich erweiſen würde, wenn derſelben eine andere, als die vorſtehend dargelegte Auffaſſung gegeben würde. Denn Wechſel ſind ihrer Natur nach zum dauernden Beſitze nicht beſtimmt, man erwirbt ſie, der Regel nach, um ſich ihrer zu Geldvergütungen zu bedienen, oder um durch Einziehung des Wechſelbelaufs in den Beſitz von Geld ſich zu ſetzen. Ferner iſt es nur unter beſonderen und ſelten vorkommenden Vorausſetzungen möglich, den Beſitzer eines in giro befindlichen Wechſels aufzufinden, ſo daß wegen der Wandelbarkeit des Beſitzes am Wechſel, und außerdem wegen der Unauffindbarkeit des jeweiligen Beſitzers der verkürzte Wechſelberechtigte in der Regel erſt nach Einlöſung des Wechſels wird ermitteln können, wo die Reihe rechtmäßiger Übertragungen unterbrochen worden, und wo er (unter der Vorausſetzung eines dolus oder einer culpa lata des betreffenden Erwerbers) Anſprüche zu erheben befugt ſei. Es iſt mithin nicht anzunehmen, daß die Geſetzgebung unter dem Worte Wechſel im Art. 74 nur die Wechſelurkunde — das Papier — verſtanden und nicht beabſichtigt habe, für den Fall der Weggabe, Dasjenige, was den Werth des Wechſels ausmacht, den in ihm ausgedrückten Geldbelauf, in ſeine Stelle treten zu laſſen.

Ein anderer hier in Betracht kommender Umſtand iſt, daß die Verpflichtung des culpa lata Erwerbenden zur unentgeltlichen Auslieferung des Wechſels an den Verkürzten die Annahme einer

unter den Wechſelbetheiligten beſtehenden Diligenzverbindlichkeit vorausſetzt; denn eine culpa kann nur gedacht werden in Beziehung zu Jemanden, welcher rechtlichen Anſpruch auf Förderung oder doch Schonung ſeiner Intereſſen hat. Da demzufolge die Verbindlichkeit zur Auslieferung des Wechſels unter den gegebenen Umſtänden in einer Verſchuldung des betreffenden Erwerbers ihren Grund hat, und mithin die Auslieferung des Wechſels nur als die Ausgleichung jener Verſchuldung angeſehen werden kann, ſo führt dieſer Geſichtspunkt in nothwendiger Conſequenz weiter dahin, daß, wenn der culpa lata Erwerbende, ſich des Mittels jener Ausgleichung entäußert haben ſollte, er hierdurch ſeiner Verbindlichkeit gegen den Verkürzten nicht enthoben werde und mittelſt des Werthes vergüten müſſe, was er durch den Wechſel ſelbſt zu leiſten ſich außer Stand geſetzt habe.

Aus den vorſtehenden Argumenten ergibt ſich, daß die ratio legis auf die im Obigen vertretene Anſicht hinführt, und da auch in der Wechſelordnung nirgendwo ein Gegenargument gegen die Anwendung jener ratio in vorbemerkter Weiſe erfindlich iſt, ſo darf unbedenklich die hier befolgte Anſicht als die vom Geſetzgeber gebilligte und gewollte angeſehen werden.

Allein geſetzt, der vorſtehenden Auffaſſung wäre nicht beizupflichten, und man hätte im Art. 74 nur die Statuirung der civilrechtlichen Vindication des Wechſels als eines körperlichen Gegenſtandes, zu erblicken, ſo würde dennoch die Klage auf den Werth des Wechſels — alſo der Regel nach auf den Wechſelbelauf — in dem beredeten Falle nach civilrechtlichen Grundſätzen — welche durch das Frankfurter Particularrecht

Ref. II. 2. § 2 und II. 17. § 3.

hier nicht modificirt ſind, begründet zu erachten ſein. Es darf nämlich von einem Principe Gebrauch gemacht werden, welches mehrfach in den Quellen ſich angedeutet findet, freilich immer in beſonderen Anwendungen, aber doch ſo, daß daſſelbe deutlich hervortritt. Der Beſitzer einer fremden Sache, und zwar auch der bonae fidei possessor, welcher die Sache veräußert hat, kann vom Eigenthümer zur Herausgabe des erlangten pretium unter der Vorausſetzung angehalten werden, daß die Vindicabilität der

Sache aus irgend einem Grunde für den bisherigen Eigenthümer aufgehört hat. Am weiteſten wird dies anerkannt in der

L. 3. Cod. de verb. oblig. 3. 32.

verbis: „vel alio modo proprietatem ejus amisisti."

Nicht minder für einen andern Fall in der

L. 49. Dig. de neg. gest. 3. 5.

Ebenſo beruht

L. 17. pr. Dig. de verb. obl. 6. 1.

auf jenem Princip. — Die Römiſchen Juriſten behandeln dieſen Fall als negotiorum gestio, und ſelbiger iſt einer von denjenigen, bei welchen, wie

Donellus, Comm. jur. civil. Lib. 15. cap. 17.

ſagt, zwar nicht *ab initio* commodum aut incommodum gesti ad nos pertinet, aber doch *eventu* nostrum fit negotium. So lange der Eigenthümer noch von jedem Dritten vindiciren kann, verliert er Nichts dadurch, daß der unberechtigte Beſitzer die Sache weiter verkauft. Von dem Augenblick an, wo die Möglichkeit für ihn aufhört, die Sache ſelbſt zu vindiciren, z. B. weil ſie zu Grunde geht, uſucapirt wird, oder er ſelbſt nachträglich die Veräußerung an den Dritten genehmigt — hat der venditor rei alienae ein negotium vorgenommen, welches zwar nicht nach ſeinem animus ihm als ein alienum erſchien, aber doch re ipsa, da nur commodum vel incommodum ad dominium pertinet als alienum anzuſehen iſt.

Cuiacius ad Africanum Tract. 2. ad L. 43. de neg. gest.
Tract. 8. ad L. 49. de negot. gest.

v. Wening-Ingenheim, Civilrecht III. § 352.

Die Vorausſetzungen zur Anwendung des im Obigen angegebenen Civilrechtsprincips ſind nun, wie ſchon

Thöl, Handelsrecht. Band II. Seite 505.

hervorgehoben hat, in Fällen der vorliegenden Art vorhanden, inſofern nach den Beſtimmungen der Wechſelordnung (Art. 36, 74, 76) die Vindication eines entfremdeten Wechſels unthunlich wird, ſobald derſelbe in den Beſitz eines bona fide-Inhabers gelangt, oder von dem bezogenen bona fide eingelöſt wird. Der Kläger konnte

in dem ſtreitigen Falle weder von dem Indoſſatar des Beklagten oder einem ſpätern Erwerber den Wechſel reclamiren, noch hätte er die Zahlung von Seiten des Acceptanten an den letzten Inhaber verhindern können.

Sollte es bei der Anwendung des obigen Princips auf eine contraria actio oder exceptio behufs Vergütung oder Anrechnung des beim Erwerbe der fremden Sache aufgewendeten Betrages — z. B. des pretii emtionis — überhaupt ankommen können, ſo würde doch in keinem Falle hier ein ſolcher Gegenanſpruch anzunehmen ſein, da der Erwerb des Wechſels auf einer das Intereſſe des Eigenthümers und nunmehrigen Klägers verletzenden culpa beruht hätte.

Anlangend

ad II. die Frage, ob dem Beklagten mit Grund von den unteren Inſtanzen grobe Fahrläſſigkeit in Betreff der Erwerbung des Wechſels beigemeſſen worden ſei, ſo konnte dieſelbe nicht anders als bejahend beantwortet werden.

Während nämlich der Beklagte nur den Inhaber (oder einen Mitinhaber) der Firma K. zu Offenbach als den rechtmäßigen Diſponenten und Indoſſanten in Beziehung auf den in Rede ſtehenden Wechſel hätte anſehen dürfen, hat er den ihm völlig unbekannten factiſchen Detentor des Wechſels als den rechtmäßigen Inhaber deſſelben anerkannt, ohne irgend welche Umſtände zur Hand zu haben oder in Betracht zu ziehen, welche den Mangel der erforderlichen Bekanntſchaft zu erſetzen geeignet geweſen wäre. Auf ſeine Sicherheit nahm er dagegen allerdings Bedacht, denn er prüfte das Accept des Bezogenen, Z., und als er von deſſen Echtheit ſich überzeugt hatte, nahm er den Wechſel dem ihm unbekannten Offerenten ab. Geringer als ſie geweſen ſind, hätten die Aufmerkſamkeit und Diligenz des Beklagten nicht ſein können.

Hiegegen kann der willkürlichen und aus den Verhandlungen der Wechſelconferenz durch Nichts zu rechtfertigenden Aufſtellung des beklagtiſchen Anwalts, daß die Fahrläſſigkeit des Art. 74 nur verſchuldet werden könne mittelſt Überſehens von Raſuren, Überſchreibungen oder anderen ſichtlichen Spuren einer Fälſchung; wohingegen die Identität der Perſon des Wechſelinhabers mit

Demjenigen, auf welchen das letzte Indoſſament laute, unberückſichtigt bleiben könne, keine Bedeutung beigelegt werden. Ohne Zweifel kann unter Umſtänden ſelbſt da, wo es ſich um den Erwerb eines äußerlich tadelloſen und mit echten Indoſſamenten verſehenen Wechſels handelt, ſchon in der Perſönlichkeit oder äußern Erſcheinung Desjenigen, der den Wechſel zur Veräußerung offerirte, ein genügender Grund zur Annahme einer culpa lata des Erwerbers liegen. Unrichtig iſt es auch, wenn der Appellant aus den

Conferenzprotocollen Seite 69 und 70.

abzuleiten ſucht, daß der Traſſat, resp. Acceptant, nicht verpflichtet, ja nicht einmal befugt ſei, von einem ihm unbekannten Wechſelpräſentanten einen Ausweis über deſſen Identität mit dem letzten Indoſſatar zu verlangen. Wer als Bezogener einem nicht berechtigten Inhaber des Wechſels im böſen Glauben oder mit grober Fahrläſſigkeit Zahlung leiſtete und von ihm auf ſolche Weiſe den Wechſel einlöſte, der würde ſich dem berechtigten Wechſelbetheiligten nicht minder verantwortlich machen, wie dies bei dem Erwerb eines Wechſels durch Indoſſament ſtattfinden würde. Daß die vom Appellanten für dieſe ſeine Ausführung angezogene Ablehnung des auf Seite 70 der Conferenzprotocolle erwähnten Antrages die von ihm demſelben beigelegte Bedeutung nicht habe, iſt bereits hervorgehoben worden von

Jolly in Siebenhaar Archiv. II. Seite 170.

Blüntſchly. D. W. O. Seite 77.

Zu dem Obigen kommt hinzu, daß ſowohl die zufolge der Vorſchrift der

Proviſ. Gerichtsordnung vom 30. December 1819. Art. 98.

zu der Verhandlung dieſer Sache in den beiden unteren Inſtanzen, resp. hinzugezogenen Handlungsaſſeſſoren, als auch die Frankfurter Handelskammer ſelbſt, in deren in gegenwärtiger Inſtanz vom Appellaten beigebrachten Reſponſum vom 4. Juli 1853 ſich übereinſtimmend dahin erklärt haben, es entſpreche dem Frankfurtiſchen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechſel zum Diſcontiren angeboten werde, ſich über die Legitimation und resp. Identität des Veräußerers durch die hiezu dienlichen Mittel, z. B. durch das Zeugniß bekannter

Leute oder durch Aufweisung von Legitimationspapieren vergewissere. Ohne Zweifel kommt es bei der Beurtheilung der Frage, ob und in welchem Maaße Jemanden Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 74 vorzuwerfen sei, auch auf die Art und Weise an, in welcher an dem betreffenden Handelsplatze der Geschäftsgang ordentlicher Weise geführt wird, und den vorliegenden glaubhaften Zeugen war mithin in dem zu entscheidenden auf Frankfurt bezüglichen Fall erhebliche Bedeutung beizulegen.

Was endlich

ad III. die beklagtische Beschwerde über die Formulirung des Beweissatzes betrifft, so geht sie dahin, daß dieselbe nicht den ganzen Klaggrund umfasse und insbesondere, daß nicht der Umstand der Versendung des Wechsels auf dem Postwege mit in das thema probandum aufgenommen worden sei. — Allein dem Appellanten kann bei dieser Beschwerde nicht beigepflichtet werden. Die „Versendung mit der Post" bildete einen für den Klaggrund völlig unwesentlichen Umstand. Auf welchem Wege der Wechsel dem Kläger, Dessauer, entzogen worden ist, ob aus dessen Behausung oder auf irgend welchem Transportwege von ihm nach K., ist gleichgültig. Nur darauf kam es an, daß K. nicht vor der Zeit, wo der Appellant den Wechsel erworben, in den Besitz desselben gelangt gewesen sei, indem, wenn dies geschehen sein sollte, der Kläger aufgehört haben würde, Eigenthümer des Wechsels zu sein, mithin nicht mehr als zur Klage legitimirt angesehen werden könnte.

Da nun nach der von dem Appellationsgerichte verfügten Erweiterung des Beweissatzes sowohl die Unechtheit des angeblich von K. vollzogenen Indossaments, als auch die Fortdauer der klägerischen Berechtigung auf den Wechsel vom Kläger zu beweisen sein wird, so ist für den Beklagten kein Grund zur Beschwerdeführung in Betreff dieses Punktes vorhanden.

Freilich hätte die vom Appellationsgericht ausgegangene Beweisnormirung in einem Nebenpunkte genauer bestimmt sein können, als geschehen ist, indem der Zeitraum, auf welchen es ankam, nicht sowohl durch die in dem Beweissatze zweiter Instanz erwähnte „Präsentation zur Acceptsleistung," als vielmehr durch die

Verdiscontirung des Wechsels auf des Beklagten Comptoir beendigt worden ist, allein da über diesen vermuthlich unwesentlichen Punkt — indem jene Präsentation nach der Angabe des Klägers an demselben Tage mit der Verdiscontirung vor sich gegangen sein soll, — vom Beklagten nicht normirt worden ist, so konnte das Ober-Appellationsgericht keine Veranlassung annehmen, hier auf Abänderung des Beweissatzes zu sprechen.

War demnach auf keine der beklagtischen Beschwerden einzugehen, so war, zumal bei der Conformität der Erkenntnisse der beiden unteren Instanzen in der Hauptsache, der Beklagte auch von der Tragung und Erstattung der Kosten dieser Instanz nicht zu befreien.

16.

J. G. B. Troſt, Liquidant, wider Dr. **Braunfels** als Maſſepfleger in dem Gantweſen des **J. Chr. G. Wolf**, Liquidaten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 26. October 1853.

In Erwägung, daß

1) der Reclamant an dem durch den Fiscal in Folge richterlichen Auftrages mit Beſchlag belegten Gelde zwar ein richterliches Pfandrecht, keineswegs aber ein Eigenthum erworben hat — ſo lange die betreffenden Geldſtücke an ihn nicht ausgeliefert worden ſind —;

2) die Forderung des Klägers an ſich nicht beſtritten iſt;

wird zu Recht erkannt:

A. Die erhobene Reclamation wird verworfen.

B. Die angemeldete Forderung iſt mit fl. 58. 30 kr. liquid und ſoll wegen des in Anſpruch genommenen Vorzugsrechts in dem Rangurtheile weitere Verfügung ergehen.

C. Die bis jetzt erwachſenen Streitkoſten hat der Reclamant dem Contradictor zu erſtatten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23. November 1853.

Auf Appellation des Liquidanten.

In dem, den gegenwärtigen Verhandlungen vorausgegangenen Rechtsſtreite des Handelsmannes Troſt, Klägers, gegen den Weinhändler Georg Wolf, Beklagten, hat, zur urtheilsmäßigen Befriedigung des Klägers der Fiscal einen Ausſtand des Beklagten bei der Sparkaſſe in tantum zuerſt mit Beſchlag belegt und dann erhoben.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht der Kläger durch die Beschlagnahme des fraglichen Ausstandes mehr schon als ein Pfand an Letzterem erworben hat, ob derselbe nicht von der Beschlagnahme an, in das volle Recht seines Schuldners rücksichtlich jenes Ausstandes eingetreten ist, da jedenfalls mit der Erhebung des Letzteren durch den Fiscal die Execution ihr volles Ende erreicht hat.

Die Einziehung des Geldes zur Auszahlung an den Gläubiger ist nicht eine pignoris capio, vielmehr hat der Fiscal, der hier als Mandatar des Klägers betrachtet werden muß, die Auszahlung des Geldes und dieses selbst für den Kläger empfangen. Letzterer ist von diesem Augenblick an befriedigt und der beklagte Schuldner liberirt, eine Auffassung, welche in dem Taxen-Gesetz vom 3. August 1852. § 10. 2. ihre Unterstützung findet. Hieraus folgt, daß weder die, nach erfolgter Auszahlung an den Fiscal von dem Stadtgericht verfügte Inhibition der Executionen gegen Wolf, noch der später über das Vermögen dieses Letzteren erkannte Concurs den Kläger Trost irgend berühren kann. Es wird daher das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 26. October 1853 wieder aufgehoben und abändernd erkannt:

1) Die für den Kläger Trost an den Fiscal bezahlten und von diesem seither verwahrten fl. 58. 30 kr. sind sofort an den Kläger auszuliefern und hat die beklagte Debitmasse die in erster Instanz dem Kläger verursachten Kosten zu erstatten.
2) Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen, und sind
3) die vorderen Acten zurückzusenden.

Auf Appellation des Liquidaten wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 20. März 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Es kam bei der abzugebenden Entscheidung darauf an, ob dem Appellaten Trost an den fl. 58. 30 kr., welche in Folge der

von ihm gegen den nunmehrigen Cridar J. C. G. Wolf herbeigeführten Executionsmaßregeln in den Besitz des Fiscals gekommen waren, nur, wie der Appellant annimmt und resp. zugesteht, ein pignus indiciale zustehe, oder ob jener Belauf durch den Übergang in den Besitz des Fiscals vollständig für ihn erworben worden sei, so daß derselbe ihm, nach inzwischen eingetretenem Concurse des Wolf, von dessen Creditorschaft nicht mehr streitig gemacht werden könne. Die letztere Ansicht war als die richtige anzusehen.

Ein pignus indiciale erwarb der Apellat schon zu jener Zeit, als nach erfolgter Condemnation des Wolf und fruchtlos gebliebener Executions-Warnung auf seinen Antrag das Wolf'sche Guthaben bei der Sparkasse mit Beschlag belegt wurde, um als Mittel zur Befriedigung für die in executorio verfolgte Forderung zu dienen. Hätte der, durch diese Saisirung herbeigeführte Zustand unverändert bis zum Concurs-Ausbruche fortgedauert, so würde Trost kein weiteres Recht besessen haben, als in die Classis VIII der Frankfurtischen Rangordnung

Gesetz vom 10. Januar 1837 (Band V. Seite 24 ff.)

gesetzt zu werden, denn er hätte nur ein „im Wege der Hülfsvollstreckung erlangtes richterliches Pfand" besessen.

Bender, Frankfurter Privatrecht § 73. 2te Ausg. Seite 244.

Allein jener Zustand blieb nicht unverändert. Die Auszahlung des Belaufes jenes in vim executionis saisirten Guthabens an den, auf Anrufen und im Interesse des Trost fungirenden Fiscal kam hinzu und veränderte wesentlich die rechtliche Sachlage, zunächst dadurch, daß das nomen, in welches Trost immittirt worden war, mit jener Auszahlung zu existiren aufhörte, und daß in die Stelle des an jenem nomen besessenen Pfandrechtes der aus dem ersteren erlangte, im Besitze des Fiscals befindliche Geldbetrag trat, — sodann dadurch, daß, wie in jedem anderen Falle, wenn ein verpfändetes nomen durch den Pfandgläubiger eingezogen wird, so auch hier, eine Erlöschung der ursprünglichen Forderung durch Abrechnung eintrat.

L. 18. pr. Dig. de pignerat. act. 13. 7.

L. 13. § 2. Dig. de pignor. 20. 1.

Jener Geldbetrag war mithin dem Troſt vollſtändig in dem Augenblick erworben, als er dem Fiscal zugekommen war.

In Übereinſtimmung hiermit hat das Appellationsgericht und zwar mit Grund angenommen, daß, wenn der Fiscal einen Geldbetrag erlange, die Execution (gänzlich oder in tantum) ihre Endſchaft erreiche, und daß inſonderheit in Fällen der vorliegenden Art die Einziehung des Belaufes eines in executorio ſaiſirten nomen nicht erſt eine pignoris capio ſei, ſondern ſchon die Entgegennahme des aus dem Pfande gelöſten Geldes für den Kläger enthalte, welcher letztere von jenem Augenblick an ebenſo befriedigt, wie andererſeits der Beklagte liberirt ſei.

Hiegegen iſt vom Appellanten eingewendet worden: der Fiscal ſei ein Gerichtsbeamter, nicht aber ein Mandatar derjenigen Partei, in deren Intereſſe eine Execution vorgenommen werde, und derſelbe habe mithin die von dem Schuldner — oder, wie hier der Fall, vom Schuldner des Schuldners — ſaiſirten Gegenſtände oder erlangten Gelder nicht ſchon für den Gläubiger und Kläger, ſondern für das Gericht im Beſitz, und es könne demnach unter keinen Umſtänden ein weiter reichendes Recht des Erſteren an jenen Gegenſtänden oder Geldern als ein pignus indiciale bis dahin ſtatuirt werden, wo der Erlös der Gegenſtände oder das Geld ihm ſelbſt zukomme. Zur Unterſtützung dieſer Aufſtellung hat ſich Appellant auf ein vom Ober-Apellationsgericht im Jahr 1835 in Sachen des Fiscalates der Stadt Frankfurt gegen die Redaction des dortigen Intelligenz-Blattes abgegebenes Erkenntniß berufen, in welchem es ausgeſprochen ſei, daß der Fiscal nicht als Mandatar der Parteien, in deren Angelegenheiten er fungire, betrachtet werden könne. Allein dem Appellanten kann bei der Anwendung der jener Entſcheidung zum Grunde liegenden Auffaſſung auf die vorliegende Sache nicht beigepflichtet werden. In jenem frühern Falle handelte es ſich um die Frage, ob der Fiscal, falls er auf Requiſition von Privaten Executionen vollziehe, öffentliche Verkäufe ausführe und dergl., und hierbei gegen dritte Perſonen Verbindlichkeiten übernehme — z. B. wie damals, Inſertionskoſten veranlaſſe — das Frankfurtiſche Staatsvermögen obligire.

Diese Frage ist damals bejahet und hiebei die, freilich ohne Weiteres unverkennbare Qualität des Fiscals, als eines gerichtlichen Beamten, anerkannt worden. Allein hierdurch ist Nichts ausgesprochen, was den Ausführungen des Appellanten in der vorliegenden Sache das Wort redete. Denn eine amtlich autorisirte Person kann sehr wohl auch dazu eingesetzt sein, die Ausübung gewisser Rechte von Privaten zu sichern oder die Realisirung derselben zu bewirken, so daß Handlungen, welche sie auf Anrufen und im Interesse einer Partei vornimmt, dieser letzteren ohne Weiteres Rechte gewähren. Und dieß findet hier Statt.

Nach früherem Frankfurtischem Rechte fand in Ansehung der Execution im Civilprozesse das Verfahren Statt, daß dieselbe, nachdem sie vom Gerichte verfügt worden war, vom Procurator des Klägers, welcher in der Reformation „Executor" genannt wird, besorgt wurde.

Reform. l. 45. §§ 3. 10. 13. 14. l. 46. § 3.

Dieß ist in neuerer Zeit durch den

Art. 34 der Constitutions-Ergänzungsacte

abgeändert worden, indem durch denselben ein Fiscal und Executor in civilibus angeordnet und diesem, neben anderen Functionen, auch die Hülfsvollstreckungen und die Direction der Vergantungen sub hasta publica übertragen worden sind. So wenig es demnach zu bezweifeln ist, daß die Hülfsvollstreckungen „im Auftrage der Justizbehörde" und nicht etwa durch den Fiscal, als einen Privat-Mandatar der auf Execution antragenden Partei ausgeführt werden, ebenso wenig ist es zu verkennen, daß der Fiscal, welcher vom Gesetze dazu bestimmt und vom Gericht allgemein beauftragt ist, den Requisitionen der durch Executions-Ordonnanzen sich legitimirenden Parteien zu entsprechen, bei den vorzunehmenden Executionshandlungen für die requirirenden Parteien handelt und diesen Rechte erwirbt. — In Betreff der durch die Executionen herbeigeführten rechtlichen Wirkungen ist demnach gegen das ältere Recht durch die Einsetzung des Fiscals keine Änderung herbeigeführt worden, wie denn auch aus dem Umstande, daß in früherer Zeit

„des Klägers Fürsprecher, beneben einem der geschworenen Richter"

Reform. l. 45. § 3.

die exequirende Person bildete, hervorgeht, daß die Eigenschaft der Execution als einer unter öffentlicher Autorität vorzunehmenden und gerichtlich zu controlirenden Maßregel zu jener Zeit nicht verkannt worden ist, als die betreffenden Handlungen dem eigenen Procurator des Klägers übertragen waren.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß der Fiscal, wenn er bei der Hülfsvollstreckung Pfandgegenstände saisirt, Mobilien in vim executionis notirt, oder Gelder erhebt, dieß direct für die requirirende Partei vornimmt und dieser dadurch die den Umständen nach sich ergebenden Pfand- oder weiter reichenden Rechte erwirbt.

Bender l. c.

Adlerflycht, Frankfurter Privatrecht V. Seite 1296.

Hiemit stimmt der, aus dem in vorliegender Sache abgestatteten Berichte des Fiscals hervorgehende Umstand überein, daß durch den Fiscal erhobene Geldbeträge von den Parteien direct bei ihm erhoben, und ebenso wenig zunächst dem Gerichte zugestellt, wie einer vorgängigen Cognition desselben unterzogen werden.

Da demzufolge die hauptsächlich in Betracht gezogene Frage gegen den Appellanten zu beantworten war, so kam es auf das von ihm als novum geltend gemachte Vorbringen an, daß die fl. 525, welche Wolf auf seinen Namen auf der Sparkasse belegt gehabt habe, in Wirklichkeit aus dem Vermögen der Ehefrau desselben entnommen seien, welche letztere nach der Prioritäts-Ordnung A. l. 2. ein Separationsrecht geltend gemacht habe. — Allein, wenn auch im Übrigen der Zulassung des Appellanten mit diesem Vorbringen Nichts entgegenstände, so würde dasselbe schon deßhalb unstatthaft sein, weil, in welcher Weise auch die Ehefrau Wolf Ansprüche möge erheben können, jedenfalls die hier streitigen fl. 58. 30 kr., wie aus der in der Hauptsache abgegebenen Entscheidung hervorgeht, von einem Dritten dem Appellaten schon vor dem Ausbruche des Concurses vollständig und gültig erworben worden sind, folglich keinen Theil der Masse mehr bilden.

Endlich war über den Antrag des Appellanten auf Ertheilung des Armenrechtes zu erkennen. Demselben konnte indessen nicht

entſprochen werden, da eine Concursmaſſe nicht befugt iſt, Anſpruch auf das Armenrecht zu machen, ſondern, inſofern ſich keine Mittel zur Beſtreitung der Koſten in der Maſſe finden, die Gläubiger, für deren Rechnung und in deren Intereſſe der Prozeß geführt wird, Einſchüſſe für dieſen Zweck machen müſſen, wie das Ober-Appellationsgericht ſich hierüber ſchon in früheren Entſcheidungen ausgeſprochen hat. Es war deßhalb auf eine Prüfung über die Sufficienz oder Inſufficienz der Maſſe zur Tragung der Koſten überhaupt nicht einzugehen. — Die der Wolf'ſchen Maſſe vom Stadtgericht in Sachen derſelben contra Creditores ertheilte einſtweilige Notirung der Stempel- und Gerichtsgebühren konnte auf die Entſcheidung des Ober-Appellationsgerichts über den Armenrechtsantrag keinen Einfluß ausüben.

17.

Carl Küchler, Kläger, wider **D. H.** Beklagten, wegen Forderung.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 5. October 1853.

In Erwägung, daß

1) Beklagter eingeräumt hat, für ihm von dem Kläger verkauftes Holz deſſen Schuldner geworden zu ſein und daß die recognoſcirte Urkunde vom 1. Auguſt 1851 das Anerkenntniß des Beklagten über einen dem Kläger ſchuldig verbliebenen Betrag von fl. 2007. 21 kr. enthält, daß

— — — — — —

4) die weitere Einrede eines in der Mitte liegenden geſetzlich verbotenen Anatocismus ſich inſoweit als unſubſtantiirt herausſtellt, als Beklagter ſolche aus ihm angeblich nicht eingehändigten Specificationen der einzelnen Schuldbeträge hergeleitet, während er in der vorerwähnten Urkunde ausdrücklich erklärt hat, daß er die fragliche Schuld in allen ihren einzelnen Theilen nach der in ſeinen Händen befindlichen Specification als richtig anerkenne und auch die von dem Kläger aufgeführten weiteren Abſchlagszahlungen mit den beklagter Seits angegebenen übereinſtimmen, daß

5) jedoch der von dem Beklagten gerügte Anatocismus hinſichtlich zweier zum Capital geſchlagenen Zinſenbeträge vorhanden iſt, indem

a) die Zinſen von fl. 1974. 27 kr. zu 5 pCt. p. a. vom 2. December 1851 bis zum 2. April 1852 mit fl. 32. 54 kr. und

b) aus fl. 1314. 12 kr. die Zinſen zu 5 pCt. p. a. vom 28. October 1852 bis 24. Januar 1853 mit fl. 15. 42 kr.

zum Capital geſchlagen und davon weitere Zinſen berechnet beziehungsweiſe in der Klage angeſprochen worden ſind, daß

6) da die Gesetzwidrigkeit einer solchen Berechnung der Zinsen von Zinsen keinem Zweifel unterliegt

Entscheidungsgründe des Revisions-Erkenntnisses vom 6. August 1851 in Sachen Schmidt ca. Weber Erben, die von den erwähnten Beträgen aufgebrachten Zinsen von der eingeklagten Schuld in Abzug zu bringen sind,

wird zu Recht erkannt:

„Der Beklagte ist schuldig binnen drei Wochen dem Kläger die Summe von fl. 1329. 54 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. seit dem 24. Januar 1853, jedoch abzüglich der Zinsen zu 5 pCt. aus fl. 32. 54 kr. seit dem 2. April 1852 und aus fl. 15. 42 kr. seit dem 24. Januar 1853 zu bezahlen, auch $^9/_{10}$ der Streitkosten zu ersetzen."

Auf Appellation des Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß des Stadtgerichts durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 21. December 1853 und durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 31. März 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die von dem Appellanten in der vorigen Instanz aufgestellten und in der gegenwärtigen wiederholten Beschwerden sind so gänzlich unbegründet, daß nicht nur die Appellation unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz verworfen, sondern auch gegen diesen, so wie dessen Sachführer wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels eine Strafe von je zehn Thalern nach § 106 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung erkannt werden mußte. Denn

1) von einer Ungültigkeit der Anlage zur Klage wegen mangelnder Mitunterschrift des Klägers nach

l. 17. C. de fide instrum. IV. 21.

kann offenbar nicht die Rede sein, da es an der Voraussetzung dieses Gesetzes der vereinbarten Schriftlichkeit des Vertrages fehlt. Auch läßt sich das Document

2) nicht als referens sine relato betrachten und die Klage um deßwillen als dunkel zurückweisen. Der Beklagte ist geständig, unter solches, welches mit einem Saldo laut übergebener Rechnung beginnt, seinen Namen geschrieben und dadurch die Schuld von fl. 2007. 21 kr. „in allen ihren einzelnen Theilen nach der in seinen Händen befindlichen Specification ausdrücklich als richtig mit dem Versprechen anerkannt zu haben, dieselbe in Terminen dergestalt zu berichtigen, daß wenn einer derselben nicht eingehalten würde, sofort der Gesammtrest exigibel sein soll." Die Bedeutung dieses Vertrags läßt sich nach der unter den Parteien bei dessen Abschluß obwaltenden Absicht nur dahin auffassen, daß die bisherige Geschäftsverbindung unter ihnen zum Abschlusse gelangt, und Beklagter verbunden sein solle, den in Folge der gepflogenen Abrechnung verbleibenden Rest an den Kläger in Terminzahlungen abzuführen. Dieser Abschluß bildet den Rechtsgrund für die in Gemäßheit desselben entstandene neue Forderung, und es kann dem Beklagten nicht gestattet werden, wider dieselbe auf Einwendungen, welche ihm gegen die früheren einzelnen Verkäufe etwa zugestanden haben möchten, zurückzukommen. Wollte man jedoch auch dem Abschlusse die Bedeutung einer Novation nicht beilegen und jene Verkäufe noch fortwährend als den Rechtsgrund der klagbar gewordenen Forderung auffassen, so hätte das Document jedenfalls die Bedeutung einer Beweisurkunde, in welcher die Beträge der einzelnen Forderungen anerkannt wären. Wenn der Beklagte wiederholt geltend macht, daß er eine Specification der gegnerischen Forderungen nicht erhalten habe, so steht diese Behauptung mit den in gegenwärtiger Instanz beigebrachten Rechnungen nicht im Einklang, aus welchen sich ergibt, daß der Beklagte bei den einzelnen Verkäufen die betreffenden Noten von Zeit zu Zeit erhalten hat. Eine Generalabrechnung aber dem Gegner einzuhändigen, war Kläger nicht verbunden, es genügte, wenn er auf Grund jener Specialrechnungen mit demselben abrechnete, und der Beklagte hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er hierbei seine monita nicht geltend machte und pure unterschrieb. Daß diese Unterschrift durch Drohungen erpreßt sei, ist eine völlig unsubstantürte Behauptung, da die Bedrohung mit der Klage keinen Grund zur Anfechtung des Geschäfts darbietet. Ebenso wenig kann

3) eine haltbare Basis für die Einrede der Simulation, mittelst welcher der Beklagte die Anlage zu beseitigen bemüht ist, in den Acten gefunden werden. Denn zur Annahme eines unerlaubten Zinswuchers, dessen Vorhandensein den Abschluß ganz oder theilweise vernichten würde, fehlt es an genügenden factischen Behauptungen; daß nämlich dieser Einwand in erster Instanz nicht ausreichend substantiirt sei, ist bereits in den Gründen zu den vorigen Urtheilen überzeugend ausgeführt worden. Was der Beklagte aber in jetziger Instanz zu dessen näherer Begründung beigebracht hat, ist weit entfernt, diesem Mangel abzuhelfen, indem es dem kaufmännischen Gebrauche vollkommen conform ist, die in der Ostern- und Herbstmesse nicht bezahlten Buchforderungen sammt rückständigen Zinsen als neues Capital anderweit in Rechnung zu stellen. Endlich verdient

4) der Einwand, daß auf die bedungenen Terminzahlungen stillschweigend Verzicht geleistet und die Abführung der Schuld nach Möglichkeit verstattet sei, welche aus den in Anlage 3 zur Klage ersichtlichen Rückzahlungen liquid gestellt sein soll, keine Berücksichtigung, da sich nicht annehmen läßt, daß ein Gläubiger um deßwillen, weil er gegen seinen Schuldner einigemal Nachsicht geübt hat, auf die nach der Strenge des Rechts ihm zustehenden Befugnisse verzichtet habe, und es eines Vorbehalts derselben bei Ausstellung der deßfallsigen Quittungen nicht bedurfte.

Digitized by Google

18.

Xaver Mutter zu Gerwihl, Kläger, wider Dr. **Renner** als Curator und Contradictor der **M. Kayser**'schen Debitmasse, Beklagten, Gültigkeit einer Cession betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. Mai 1853.

Da

1) die angemeldete Forderung nicht bestritten wird,
2) nach des Liquidanten eigener Darstellung eine Cession bestimmter Forderungen nicht Statt gefunden hat, es daher
3) eines Eingehens darauf, ob die Vereinbarung in der Cessionsurkunde in fraudem creditorum geschehen sei, nicht bedarf, so

I. wird die angemeldete Forderung von fl. 4101. 8 kr. für liquid erkannt,

II. werden die in der Liquidations-Anzeige unter Nr. 2 und 3 gestellten Anträge verworfen,

III. ist Liquidant schuldig, dem liquidatischen Theile die diesem seit Ende des Monats Januar 1851 entstandenen Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 4. Juli 1853.

Auf Appellation des Klägers.

1) Es ist nicht bestritten, daß der Gemeinschuldner die ihm zustehenden Ausstände bis zum Betrage von fl. 4101. 8 kr. an den Liquidanten, seinen Gläubiger für diesen Betrag an Zahlungsstatt übertragen und Letzterem die Wahl unter jenen Ausständen zugestanden hat. Ohne Übertragung der Wahl auf den Cessionar und mit Belassung derselben bei dem Schuldner war die aus der

Ceſſion entſtandene Obligation eine incerta; mit der Übertragung der Wahl auf den Gläubiger hat dieſe Ungewißheit aufgehört, über den Gegenſtand der Abtretung iſt nun kein Zweifel mehr. Eine Zurückweiſung der Anſprüche des Liquidanten aus der vorliegenden Ceſſion, aus dem in dem ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſe deßfalls angeführten Grunde iſt darum ungerechtfertigt.

2) Es kann auch mit dem Beklagten nicht behauptet werden, daß die in Frage ſtehende Übertragung für ſo lange überhaupt als nicht geſchehen zu betrachten wäre, als der Ceſſionar eine Wahl noch nicht vorgenommen habe. Die Ceſſionsurkunde läßt über den Willen zu cediren und, wie ſchon bemerkt, über den Gegenſtand der Abtretung keinen Zweifel zu und damit war der Übergang der Ausſtände vollendet.

3) Der Umſtand, daß, ehe der Ceſſionar das ihm zuſtehende Auswählungsrecht ausgeübt hat, über das Vermögen ſeines Cedenten Concurs erkannt worden iſt, macht die Ausübung jenes Wahlrechtes keineswegs unzuläſſig. Darauf, ob die Gläubiger eines Gemeinſchuldners nur active, oder auch paſſive Repräſentanten des letzteren ſind, kommt es hier überall nicht an. Die Rechte der Gläubiger an dem Vermögen ihres Gemeinſchuldners gehen nur ſo weit, als ſolches Vermögen überhaupt auf ſie übergegangen iſt; in dem vorliegenden Fall aber ſind die Ausſtände des Gemeinſchuldners auf die Gläubiger nur inſoweit übergegangen, als ſie den Betrag von fl. 4101. 8 kr. überſteigen und von dem Wahlrechte des Klägers nicht betroffen werden.

4) Als Folge aus dem Bisherigen ergibt ſich, daß dem Kläger nicht verwehrt werden kann, auch ſolche Ausſtände des Gemeinſchuldners auszuwählen, welche ſeit Eröffnung des Concurſes eingegangen ſind und in Verwahrung der Maſſe ſich befinden.

5) Mit der Verwerfung der bisher erörterten in dem ſtadtgerichtlichen Erkenntniß als begründet angenommenen Bedenken gegen die Zuläſſigkeit der Anſprüche des Liquidanten aus der Ceſſionsurkunde wird es nothwendig, rückſichtlich derjenigen weiteren Einreden Prüfung und Entſcheidung eintreten zu laſſen,

welche nach der Auffaſſung jenes Erkenntniſſes unentſchieden geblieben ſind. Hieher gehört:

— — — — — —

Dieſemnach wird unter Aufhebung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes vom 2. Mai 1853 sub II und III abändernd zu Recht erkannt:

daß Kläger mit ſeinen Anträgen sub 2 und 3 der Klage zuzulaſſen, und nur in dem Falle, wie dieß in dem ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſe geſchehen, abzuweiſen iſt, wenn Beklagter innerhalb einer von dem Stadtgerichte zu beſtimmenden Friſt, vorbehaltlich des Gegenbeweiſes, zu erweiſen vermag:

„daß die Ceſſion zur widerrechtlichen Verkürzung der übrigen Gläubiger des Cedenten geſchehen ſei und der Kläger hiervon Wiſſenſchaft gehabt habe,"

bei welcher Beweisführung es dem Beklagten unbenommen bleibt, ſich der in den Acten etwa befindlichen Momente mitzubedienen.

— — — — — — —

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. März 1854.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt für Recht:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. Juli vorigen Jahres wieder aufzuheben, die Koſten voriger und jetziger Inſtanz aber gegen einander zu compenſiren ſeien;

und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Nachdem Appellant ausdrücklich erklärt hat, die Befugniß des Cridars zu einſeitiger Verfügung über die Ausſtände des von Letzterem auf den Namen von Carl Almſen geführten Geſchäfts

nicht weiter bestreiten zu wollen, auch eventuell mit dem ihm vom Appellationsgerichte nachgelassenen Beweis über die Fraudulosität der hier in Frage stehenden Cession einverstanden ist, beschränkt sich die gegenwärtig zu treffende Entscheidung darauf, ob der vom Kläger beigebrachte, beklagtischer Seits als ächt anerkannte Cessions-Act des Cridars vom 7. September 1850 dahin lautend:

„ und cedire demselben (scil. dem Kläger) an Zahlungsstatt von meinen Geschäftsausständen nach seiner, des Herrn Xaver Mutter, Wahl die Summe von fl. 4101. 8 kr. mit allen Rechten und Klagen zu seinem, des Herrn Mutter, vollkommenen Eigenthum ꝛc. ꝛc.“

sowohl zu Recht beständig, als auch den übrigen Gläubigern des seitdem in Concurs verfallenen Cedenten gegenüber dahin wirksam sei, daß bis zu dem angegebenen Belaufe die fraglichen Geschäftsausstände seitdem überall nicht mehr als zum Vermögen des Cedenten resp. zu der Activmasse gehörig erachtet werden könnten, und daß Beklagter als Curator der Masse für verbunden gelten müsse, dem Kläger zu Realisirung seiner aus jener Erklärung des Cridars erworbenen Rechte und zu Ausübung des ihm ausdrücklich zugestandenen Wahlrechts in der Maßen zu Handen sein, wie sub 2 und 3 des Klagpetitums klägerischer Seits beantragt war und durch die Sententia a qua verfügt worden ist.

Nun wird zwar

1) eine völlige Ungültigkeit der fraglichen Cession, selbst wie Kläger solche auffaßt, daß ihm nämlich sämmtliche Kayser'sche Ausstände, wenn gleich nur bis zu dem bestimmten Betrage der klägerischen Forderung von fl. 4101. 8 kr. cedirt seien, sich nicht behaupten lassen. Denn man wird

a) die directe und specielle Namhaftmachung der debitores cessi nicht als wesentliches Requisit zur Gültigkeit eines Cessionsacts betrachten dürfen, sondern diese auch dann anzuerkennen haben, wenn nur überhaupt der Cessionar, obschon vielleicht bloß mittelbar, in den Stand gesetzt sein wird, über Betrag und Beschaffenheit der ihm cedirten Forderungen dergestalt sich zu vergewissern, daß er zu deren Einziehung für eigene Rechnung schreiten könne. Wenn daher hier dem Cessionar die Wahl aus

ſämmtlichen Geſchäftsausſtänden zugeſtanden iſt, über letztere auch aus den Geſchäftsbüchern ſicherer Aufſchluß zu gewinnen und jedenfalls der Cedent ſelbſt für ſeine Perſon zu deren Vorlegung verbunden geweſen wäre; ſo kann allerdings nicht behauptet werden, daß bei dem vorliegenden Geſchäft eine ſolche Ungewißheit über deſſen Gegenſtand beſtanden habe, welche der Annahme jedes Conſenſes der Contrahenten entgegenſtände und damit das Zuſtandegekommenſein des verhandelten Rechtsgeſchäfts ſchlechthin ausſchlöſſe. Ebenſo wird ſich

b) nach Analogie der hereditatis venditio, wo ſolches regelmäßig und nothwendig eintritt, daran kein Anſtoß nehmen laſſen, daß hier die cedentiſchen Forderungen gleichſam in Bauſch und Bogen übertragen wurden; noch kann, daß dieſer Übergang doch wieder nur bis zu einem beſtimmten Geldbetrage ſtattfinden ſoll, der Reſt der Kayſer'ſchen Ausſtände alſo der Maſſe verbliebe, als erheblich gelten, indem die Rechte des Ceſſionars gegenüber den debitores cessi weſentlich auf einem Mandate des Cedenten beruhen, und Letzterer nicht gehindert ſein kann, Jenen zugleich zu ſeinem eigentlichen Mandatare und zu einem procurator in rem suam zu beſtellen. Erwägt man daher

c) noch, daß in der

L. 34. § 1. Dig. de legat. III. (32.)

eines Prälegats dahin gedacht wird, es ſollten die übrigen Erben dem Bedachten ex calendario viginti nomina, *quae elegerit sibi* überlaſſen, daß ſonach bezüglich des Objects der Ceſſion die Gewährung eines Wahlrechts an den Ceſſionar ſogar ein geſetzliches Anerkenntniß für ſich hat, ſo wird man die Zuläſſigkeit und Rechtsgültigkeit einer ſolchen Wahl- und Pauſch-Ceſſion, wie vorliegend, an und für ſich, ſowie dem Cedenten ſelbſt gegenüber nicht in Zweifel ziehen können.

Indeſſen hat doch

2) weder Auswahl unter den zur Ceſſion und mittelſt dieſer zur Befriedigung des Klägers beſtimmten Geſchäftsausſtänden, noch Denunciation einzelner Geſchäftsdebitoren, von welchen Kläger die ihm zugedachte Befriedigung erhalten wollte, und zu welchen er erſt durch die Denunciation in perſönliche Beziehung und in

ein ſolches Verhältniß getreten wäre, daß nur ihm, und nicht mehr dem Cedenten Zahlung gültiger Weiſe hätte geleiſtet werden können, bislang Statt gefunden, oder auch nur, da dem Kläger ſelbſt die in dritten Händen befindlichen Geſchäftsbücher ſo wenig zugänglich waren als dem Cridar und Cedenten, ſtattfinden können. Es ſcheint ſogar Kläger bis zu dem erſt zwei Monate ſpäter ausgebrochenen Concurſe weder direct, noch durch ſeinen Cedenten irgend welche Schritte zu näherer Erkundigung der ihm cedirten Geſchäfts-Ausſtände und Behufs Ausübung des ihm ertheilten Wahlrechts gethan zu haben. Bei Eröffnung des Concurſes waren daher die einzelnen Geſchäfts-Ausſtände noch nicht für völlig aus dem cedentiſchen Vermögen ausgeſchieden zu erachten. Da nun auch, was auf Grund und zu Realiſirung der mit dem Cridar verabredeten datio in solutum dem wirklichen Erwerbe jener ausſtehenden Forderungen zu ſelbſtſtändiger Verfolgung hätte vorausgehen müſſen, und wodurch allein erſt der Umfang, in welchem der bloß generell bis zu beſtimmtem Betrage zugeſagte Übergang jener Ausſtände wirklich ſtattfinden ſolle, näher beſtimmt werden würde, die Erklärung nämlich über die dem Belieben Klägers anheimgeſtellte Auswahl, ſelbſt gegenwärtig noch fehlt, auch ohne Mitwirkung der übrigen Concursgläubiger resp. des Vertreters der Maſſe, welchen ſolche wider ihren Willen nicht angeſonnen werden kann, gar nicht einmal möglich iſt, ſo ſtellt ſich ſowohl die factiſche Lage als die rechtliche Stellung des Klägers, trotz der Gültigkeit jenes Abkommens vom 7. September 1850, nicht anders dar, als wenn etwa der Cridar körperliche Sachen ſeines damaligen Vermögens dem Kläger verkauft oder an Zahlungsſtatt überlaſſen, deren rechtliche Tradition aber vor eingetretenem Falliſſement noch nicht vorgenommen gehabt hätte, und ſonach jenes wirkliche oder Quaſi-Kaufgeſchäft nicht zur Ausführung gelangt geweſen wäre. Wie nun in dieſem Falle Kläger, obwohl er bis zur oder bei unterbliebener Concurs-Eröffnung gegen den Cridar einen ganz unzweifelhaften und wohlbegründeten Anſpruch auf Vollzug des Traditionsacts gehabt haben würde, weder ſchon als Eigenthümer der verkauften Sachen gelten könnte, noch von dem Maſſecurator und den übrigen

Concursgläubigern zu verlangen berechtigt wäre, daß ſie durch Tradition der Sachen jenes Geſchäft vollzögen, wie vielmehr in jenem Falle dem Kläger, ſelbſt wenn er den Kaufpreis bereits bezahlt hätte, nichts Anderes übrig bleiben würde, als ſich wegen ſeiner vermeinten Anſprüche beim Concurſe anzumelden,

Schweppe, Syſtem des Conc. § 62.

Bayer, Theorie des Conc. Proc. § 32. II. 2.

ſo kann auch in vorliegendem Falle, wo zwar das die causa cessionis bildende Abkommen über die datio in solutum perfect geworden iſt, aber der die Stelle der traditio vertretende Ceſſionsact ſelbſt, weil von der zu treffenden Auswahl abhängig, als noch nicht geſchehen erachtet werden muß, dem Kläger, obwohl er ein Recht auf Vollendung des Ceſſionsacts hat, doch nicht an dieſen Forderungen des Cridars aus der Ceſſion ein die übrigen Gläubiger ausſchließendes Recht zugeſtanden noch angenommen werden, daß bis zu dem Betrage ſeiner urſprünglichen und anerkannten Forderungen jene nomina cessa ſchon völlig aus der Maſſe heraus und in ſein Vermögen übergegangen ſeien, was denn die Verwerflichkeit der gegen die Maſſe sub 2 und 3 der Klagbitte geſtellten Anträge darthut, und ſonach die Herſtellung der ſtadtgerichtlichen Entſcheidung zur Folge haben mußte.

19.

S. M. Haas, Kläger, wider **J. W. Wertheimber**, Beklagten, wegen Forderung von fl. 1798. 12 kr., jetzt geführten Beweis betreffend.

Vorbemerkung.

Der Anspruch des Klägers ist darauf gegründet, daß er dem Beklagten ultimo Januar 1848, gegen Verpfändung von fl. 20,000 einprocentiger Metalliques-Obligationen, die Summe von fl. 4800 auf einen Monat zu 4 pCt. Zinsen per Jahr vorgeschossen und dieses Darlehen, in Folge Verabredung vom 27. Februar 1848, gegen eine weitere Deckung durch ihm übergebene Anlehens-Loose im Werthe von fl. 800, bis ultimo März 1848 zu $4^1/_2$ pCt. Zinsen belassen, Beklagter aber diese Obligationen und Loose an dem letztgenannten Tage nicht eingelöst habe, demnach zur Erstattung des sich bei der gesetzmäßigen Versteigerung der verpfändeten Papiere ergeben habenden Mindererlöses von fl. 1798. 12 kr. verpflichtet sei. Beklagter dagegen behauptet, daß das ultimo Januar zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossene Geschäft nicht ein Darlehen- und Versatzgeschäft, sondern ein Kauf und Verkauf auf Zeit gewesen sei, wonach er von dem Kläger ultimo Februar 1848 fl. 20,000 einprocentiger Metalliques-Obligationen gegen fl. 4800 zu beziehen gehabt habe, und daß dieses Geschäft am 27. Februar, gegen Entrichtung der etwa fl. 800 betragenden Coursdifferenz, wofür er dem Kläger die Anlehens-Loose verkauft habe, auf ultimo März 1848 prolongirt und in Folge dessen gegenseitig Engagementsbriefe ausgefertigt, in diesen aber gleichzeitig der Rückkauf der zur Deckung der Differenz verkauften Loose ausbedungen worden sei. Auf Grund dieser Behauptungen beantragte Beklagter, den Kläger wegen falsch gewählten Klaggrundes ange-

brachtermaßen abzuweiſen. Eventuell ſchützte derſelbe die Einrede vor, daß Kläger die Verbindlichkeit übernommen habe, das fragliche Engagement bis ultimo April und in ſo lange weiter zu prolongiren bis ſich die Courſe der betreffenden Papiere gebeſſert haben würden.

Zur Erläuterung des zwiſchen den Streittheilen beſtandenen Vertragsverhältniſſes dienen nachfolgende zu den Acten gekommene Urkunden:

a) Nota der Handlung Gebrüder Baß über die für Rechnung des Beklagten an den Kläger erfolgte Zuſtellung von fl. 20,000 einprocentiger Metalliques-Obligationen.

Frankfurt am Main den 31. Januar 1848.

Nota für Herrn Samſon Haas dahier

über Ihnen gelieferte

fl. 15,000. Nr. — — $^{10}/_{500}$.
Nr. — — $^{10}/_{1000}$.
Zinſen vom 1. Januar 29 Tage fl. 14. 30 kr.
fl. 5,000. Nr. — — $^{5}/_{1000}$.
Zinſen vom 1. Auguſt 179 Tage „ 29. 50 „
fl. 20,000. Öſterr. 1 pCt. Metall. Oblig. à 20 pCt. „ 4800. — „
fl. 4844. 20 kr.

Obige $^{10}/_{500}$ gegen $^{5}/_{1000}$ Nr. — — mit Zinſen vom 1. Jan. 1848 anfangend, den 27. Februar 1848 umgetauſcht.

St. G. Act. [44].

Dieſe Nota wurde in Folge des darauf bemerkten Umtauſches einzelner Obligationen durch die nachfolgende Nota erſetzt:

Frankfurt am Main den 31. Januar 1848.

Nota von Gebrüder Baß
für Herrn Samſon Haas hier
über beifolgende

fl. 15,000. $^{15}/_{1000}$	Nr. — —		
	Zinſen vom 1. Januar 29 Tage	fl.	14. 30 kr.
fl. 5,000. $^{5}/_{1000}$	Nr. — —.		
	Zinſen vom 1. Auguſt 179 Tage	„	29. 50 „
fl. 20,000. 1 pCt.	Metalliques . . à 20 pCt.	„	4800. — „
		fl.	4844. 20 kr.

Empfangen Gebrüder Baß.

St. G. Act. [11].

---

b) Die Überlieferung der Anlehens-Looſe und die Differenz von fl. 800 betreffend:

Nota für den Herrn Zacharias Wertheimber hier

für Differenz über fl. 20,000 1 pCt. Metall. von fl. 4000 bis fl. 4800 — fl. 800 — ſage achthundert Gulden im fl. 24 Fuß.

Frankfurt a. M. den 27. Februar 1848.

per acquit Samſon M. Haas.

St. G. Act. [15].

Nota für Herrn Samſon M. Haas
über fournirte

1 Öſterreichiſches fl. 250 Loos Nr. — —
7 Darmſtädter fl. 50 Looſe Nr. — —
gegen fl. 800 im fl. 24 Fuß.

Frankfurt a. M. den 28. Februar 1848.

Zacharias W. Wertheimber.

St. G. Act. [27].

---

c) Brief des Beklagten an den Kläger:

Frankfurt am Main den 29. Februar 1848.

Ultimo März 1848 beziehe von Ihnen Gulden Zwanzigtauſend k. k. öſterreichiſche einprocentige Obligationen, ein k. k. öſterreichiſches zweihundert und fünfzig Gulden-Loos und ſieben Stück Darmſtädter fünfzig Gulden-Looſe, gegen meine baare Erlege von fl. 4800, ſage Gulden Acht und vierzig Hundert im fl. 24 Fuß nebſt meiner beſondern Zinsvergütung, der bis zum 31. März 1848 auf den einprocentigen Metallique haftenden Zinſen.

Nach ultimo März 1848 iſt dieſes mein Engagement erloſchen.

St. G. Act. [2].

Brief des Klägers an den Beklagten:

Frankfurt am Main den 29. Februar 1848.

Ultimo März 1848 liefere Ihnen Gulden zwanzigtauſend k. k. öſterreichiſche einprocentige Obligationen, ein k. k. öſterreichiſches zweihundert und fünfzig Gulden-Loos und ſieben Stück Darmſtädter fünfzig Gulden-Looſe, gegen Ihre baare Erlege von fl. 4800, ſage Gulden Viertauſend achthundert im fl. 24 Fuß, nebſt beſonderer Vergütung der auf den einprocentigen Metallique bis zum 31. März 1848 haftenden Zinſen.

Nach ultimo März 1848 iſt dieſes mein Engagement erloſchen.

St. G. Act. [7].

---

d) Nota des Klägers, gegen deren Berichtigung derſelbe die darin bezeichneten Obligationen und Anlehens-Looſe dem Beklagten am 31. März 1848 anbot.

Nota für Herrn Zacharias W. Wertheimber hier

über Ihnen gelieferte

ein Österreichisches fl. 250 Loos Nr. — —
sieben Darmstädter fl. 50 Loos Nr. — —
fl. 15,000 in fünfzehn Stück à fl. 1000. Nr. — —
mit Coupons anfangend vom 1. Januar, Tage 89
à 1 pCt. . . . . fl. 44. 30 kr.
„ 5,000 in fünf Stück à fl. 1000. Nr. — —

mit Coupons vom 1. Februar anfangend
„ 20,000 einprocentige Metallique Tage 59 à 1 pCt. „ 9. 50 „
sage zwanzigtausend Gulden kaiserlich königlich österreichische einprocentige Metallique-Obligationen, gegen Erleg von . . . . . „ 4800. — „

fl. 4854. 20 kr.

Frankfurt am Main den 31. März 1848.

per acquit

Samson M. Haas.

St. G. Act. [2].

Das Stadtgericht I. hatte, davon ausgehend, daß der Kläger sowohl bei einem Versatzgeschäft als bei einem Kauf auf Lieferung berechtigt gewesen sei, bei an dem Verfalltage nicht erfolgtem Bezug der Papiere die Differenz nach dem Tagescourse als Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, die Klage für begründet erachtet und dem Beklagten, unter eventueller Verurtheilung desselben, den Beweis seiner Einrede der weiter Statt gefundenen Prolongation nachgelassen. Durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts, vom 17. Februar 1851 dagegen war dem Kläger noch besserer Beweis seines Klaggrundes auferlegt und derselbe für den Fall, daß er den Beweis nicht zu erbringen vermöchte, mit seiner Klage angebrachtermaßen abgewiesen, entgegengesetzten Falls aber das Erkenntniß des Stadtgerichts aufrecht erhalten worden. Nach

zu Ende geführtem Beweisverfahren bezüglich des dem Kläger obliegenden Beweises seines Klaggrundes und des Gegenbeweises des Beklagten hiergegen wurde durch **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 21. Mai 1852 der Kläger zum Erfüllungseide zugelassen, dieß Erkenntniß auf Appellation des Beklagten durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 1. December 1852, auf erfolgte Actenversendung, mit einer geringfügigen Modification in der Eidesformulirung bestätigt und die hiergegen ergriffene weitere Appellation des Beklagten durch **Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts** vom 31. März 1854 verworfen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Bei Prüfung des durch diesseitiges Erkenntniß vom 17. Februar 1851 dem Kläger annoch nachgelassenen bessern Beweises ist einerseits

1) unzweifelhaft davon auszugehen, daß durch die in den Entscheidungsgründen gedachten Urtheils über die Sache selbst, resp. über einzelne damals schon vorliegende Beweismittel geäußerten Ansichten und Bedenken der künftigen freien Beurtheilung des gesammten Beweismaterials, älteren wie neu hinzukommenden, in keiner Weise vorgegriffen werden sollte und konnte, daß vielmehr ob und in wie weit der dem Kläger obliegende Haupt- resp. der vom Beklagten versuchte Gegenbeweis für erbracht gelten könne, als eine nach allen Seiten hin und gleichmäßig für beide Parteien noch durchaus offene Frage anzusehen sei:

— — — — — —

Andererseits ist auch

2) darüber kein Zweifel möglich, daß durch das unterm 11. August 1851 auf contradictorische Verhandlung ergangene, alsbald der Rechtskraft überlassene Produktions-Erkenntniß des Stadtgerichts die formelle Stattnehmigkeit des vom Kläger unternommenen Sachverständigen-Beweises, sowohl überhaupt als in Betreff der speciell zur Begutachtung verstellten Punkte rechts-

kräftig feſtſtehe. Es ſind daher alle vom Beklagten in dieſer Richtung gegen die Ausſprüche der Experten vorgebrachten und auch noch in jetziger Inſtanz nicht aufgegebenen Einwendungen gleichfalls für abgethan zu erachten, und können mithin nur die aus dem materiellen Inhalte des Gutachtens entnommenen Bedenken, ſoweit dieſe nicht, wie z. B. das von dem Mangel einer beſtimmten Final-Erklärung, ſowie einer ſpeciellen Motivirung jedes Anſpruchs gegründete Obmotum völliger Unglaubwürdigkeit, ohne Weiteres als frivol ſich darſtellen, überall noch in Betracht gezogen werden. — —

Anbelangend nun die im Eingangs gedachten Erkenntniſſe vom 17. Februar 1851 erfolgte Beweisauflage, ſo iſt dieſelbe ſchon nach dem Wortlaute des Beweisthema's dahin gehend:

> daß er (Kläger) die am 6. April 1848 öffentlich verſteigerten, in der Note vom 31. März 1848 ſpecificirten Staatspapiere zur Sicherheit für ein dem Beklagten zu Ende Januar 1848 gemachtes, ultimo Februar prolongirtes Darlehen von fl. 4800 in Verſatz erhalten habe,

vollends aber, wenn man damit die Entſcheidungsgründe, ſowie das daſelbſt in Bezug genommene klägeriſche Vorbringen in replicis zuſammenhält, offenſichtlich auf zwei zwar mit einander connexe, aber doch an ſich verſchiedene Geſchäftsabſchlüſſe unter den Parteien gerichtet, nämlich

I. darauf, daß Beklagter zu Ende Januars 1848 gegen Pfandbeſtellung durch die in jener Note mit aufgeführten und ſpecificirten fl. 20,000 öſterreichiſche einprocentige Metallique fl. 4800 vom Kläger darlehensweiſe vorgeſchoſſen erhalten habe, und

II. daß dieß Darlehen- und Pfandgeſchäft ultimo Februar 1848 unter Hinzutritt der übrigen, in der gedachten Note ſpecificirten Staatspapiere, nämlich des öſterreichiſchen fl. 250 Looſes und der ſieben Darmſtädter fl. 50 Looſe prolongirt worden ſei;

und kann, daß der

ad I. vom Kläger unternommene Beweis für bis zum Erfüllungseide erbracht zu halten ſei, bei näherm Betrachte nicht den geringſten Anſtand haben.

Es muß nämlich zunächſt

A. der Umſtand, daß am 31. Januar 1848, wo Inhalts der in den Stadtgerichts-Acten [11] befindlichen Note, ſowie ausweislich der ad Frage 1 erfolgten Wolf-Baß'ſchen Depoſition Kläger durch Gebrüder Baß oberwähnte Metalliques zu dem angegebenen Courſe von 20 pCt. oder für fl. 4800 empfing, nach dem vorliegendem Coursblatte gedachte Effecten einen Coursſtand von $21^1/_8$ pCt. gehabt haben,

1) ſchon an ſich für die Annahme eines Pfandgeſchäftes ſprechen. Zwar findet ſich dieß nur als der Brief-Cours jenes Tags angegeben; indeſſen iſt doch die ſonſt aus obigem Coursblatte ſich ergebende Differenz von Brief- und Geld- eine viel geringere als $1^1/_8$ pCt. und ein weit unter Tagescours erfolgender Verkauf hat, vollends zwiſchen Handelsleuten, alle Wahrſcheinlichkeit gegen ſich, während es durchaus nichts Befremdliches hat, daß in Zeiten politiſcher Ruhe, wo ſich ein raſcher Wechſel des Courſes in der Regel nicht befürchten läßt, für die kurze Zeit von vier Wochen ſich Jemand zu einem Darlehen verſtehe, wobei ihm der augenblickliche Cours der verpfändeten Staatspapiere, wenn auch eine geringere, als ſonſt nach

Bender Verkehr mit Staatspapieren Seite 447. 474.

üblich ſein ſoll, aber immer doch noch eine Deckung von 5 bis 6 pCt. gewährt, am wenigſten, wenn er, wie es hier den Anſchein hat, mit dem Darlehenſchuldner ſchon häufig in Geſchäftsbeziehungen geſtanden hat, und dieſer ihm anderweitig als zahlungsfähig und ſicher bekannt war, oder erſcheinen durfte. Dazu kommt noch,

2) daß die Sachverſtändigen ad A ſich ganz beſtimmt zu Gunſten der klägeriſchen Auffaſſung ausgeſprochen haben. Denn die ihrer Antwort

„der Coursunterſchied von $21^1/_8$ auf 20 pCt. erſcheint nicht als ein Verkauf"

beklagtiſcher Seits zu geben verſuchte Deutung, es ſei damit indirekt das Vorhandenſein eines Prolongationsgeſchäfts anerkannt und das eines Pfandgeſchäfts verneint, mindeſtens nicht ausgeſprochen, widerlegt ſich einfach aus dem Zuſammenhalte mit

der den Experten vorgelegten Frage, worin nur Verkaufs- und Lieferungs- resp. Depot- und Verſatzgeſchäft einander gegenüber geſtellt ſind, und nach deren Faſſung, zumal ja auch die geſammten verhandelten Acten den Sachverſtändigen zu ihrer nähern Inſtruction mitgetheilt worden waren, daran gar nicht zu denken iſt, daß dieſelben, wie den Worten nach ihre Antwort wohl ſich deuten ließe, nur dieß hätten erklären wollen, es ſei nicht anzunehmen, daß in ruhigen Zeiten Jemand 1 pCt. unter Cours derartige Effecten verkauft haben werde.

Vor allem entſcheidend zu Klägers Gunſten iſt aber

B. daß, während in den Verhandlungen des erſten Verfahrens der nähere Zuſammenhang der durch Gebrüder Baß an Klägern erfolgten Lieferung jener Metalliques ganz unaufgeklärt geblieben war und in Folge deſſen, wie auch, weil in deren Note vom 31. Januar 1848 des Beklagten und daß auf ſeine Ordre die Lieferung geſchehen, nicht gedacht war, Letzterer ſogar behauptet hatte, es habe Kläger jene Effecten zu Ende Januars den Gebrüdern Baß abgekauft und er ſeinerſeits nur gegen Klägern ſich verbindlich gemacht, ſelbige wieder zu Ende Februars ihm ab- und gleichſam zurückzukaufen, gegenwärtig der Ungrund dieſes Vorgebens und daß die durch Gebrüder Baß geſchehene Lieferung an Klägern lediglich auf Beklagtens Rechnung geſchehen ſei, ſich herausgeſtellt hat.

Wie nämlich Wolf Baß gleich anfangs die dahin lautende Frage sub 1:

> „Ob Wertheimber den Gebrüdern Baß aufgegeben habe, an den Kläger 20 Stück 1 pCt. Metallique-Obligationen am 31. Januar 1848 zu liefern?“

mit den Worten: „Ja, das verhält ſich ſo“ beantwortete und nur, ob es gerade 20 Stück geweſen ſeien, dahin geſtellt ließ, ſo hat er im Termine vom 8. September nach Einſicht ſeiner Bücher, unter Production der nachher wegen theilweiſen Umtauſches der Obligationen durch die Note in [11] erſetzten urſprünglichen Note St. G. A. [44] ſich ganz beſtimmt dahin ausgeſprochen, es habe ſein Haus unterm 31. Januar 1848 „die in dieſer Note verzeichneten Obligationen dem Herrn S. Haas für Rechnung des Herrn Wertheimber

zuſtellen laſſen.“ Zugleich hat er auf deßfallſiges beſonderes Anſtehen des beklagtiſchen Sachführers ſowohl dieß verneint, daß er mit Haas ein Lieferungsgeſchäft über dieſe Papiere gemacht habe, als auch hat er für ihm durchaus unbekannt erklärt, ob Wertheimber dem Haas gedachte fl. 20,000 1 pCt. Metall. für fl. 4800 à complant verkauft habe. Dem gegenüber hat denn auch Beklagter zwar nicht direkt anerkannt, daß Gebrüder Baß nur in ſeinem Namen und Auftrage gehandelt hätten, hat aber doch, während er Anfangs noch dabei geblieben war, daß aus der Note [11] nichts weiter folge, als daß er pro ultimo Februar den Rückkauf jener Papiere Klägern verſprochen hätte, in den weiteren Deductionsſchriften weder der klägeriſchen Verweiſung auf obige Ausſagen des Wolf Baß einen beſtimmten Widerſpruch entgegenzuſetzen gewagt, da ſeine Entgegnung einen ganz anderen Punkt betrifft, noch auch in den oberen Inſtanzen jene Folgerung aus [11] beſtimmt erneuert. Davon nun aber ausgegangen, daß Gebrüder Baß lediglich in Beklagtens Auftrage bei dem hier in Frage ſtehenden Geſchäfte concurrirt haben, könnte es

1) in Frage kommen, ob überhaupt das anderweite Ergebniß der Beweisführung noch in Betracht zu ziehen, und nicht vielmehr höchſtens noch jenes Auftragsverhältniß durch Klägers Eid in volle Gewißheit zu ſtellen ſein möchte. Denn wie im Handelsverkehre nach

Bender a. a. O. Seite 448.

Depotgeſchäfte auch wohl in der Form geſchloſſen werden, daß der Depoſitar die ihm vom Deponenten unter Tagspreis verkauften Papiere zu einem ſpätern Termine demſelben wieder zu verkaufen ſich verpflichtet, ſo läßt ſich auch vom rechtlichen Standpunkt aus nicht verkennen, daß ein ſolches Geſchäft sub pacto retrovenditionis et emtionis, wobei für Einkauf und Wiederverkauf ein ſich völlig gleichbleibender, den wahren Werth nicht erreichender Preis feſtgeſetzt iſt, ſowohl der Intention, als dem Effecte nach einem Darlehen unter Verſatz gleichkomme. Inſofern alſo einmal feſtſteht, daß für Beklagtens Rechnung die fraglichen Metalliques unter Cours an Klägern durch Gebrüder Baß geliefert worden ſeien und da außerdem Beklagter ſelbſt nicht bloß dieß in duplicis

angegeben hatte, daß er pro ultimo Februar zu demſelben Preiſe von fl. 4800 zur Wiederabnahme ſich anheiſchig gemacht habe, ſondern auch nicht beſtritt, daß Klägern für den Monat Februar 4 pCt. Zinſen zugekommen ſeien, könnte der Beweis, daß es ſich hier nur um ein Pfandgeſchäft, d. h. um Sicherſtellung des Klägers gehandelt habe, für materiell erbracht um ſo eher ohne Weiteres erachtet werden, als begreiflicher Weiſe darauf nichts ankommen kann, daß Beklagter die Zuſage der Wiederabnahme jener Effecten als ein Prolongationsgeſchäft in dem gewöhnlichen Sinne eines ſogenannten marché à report aufzufaſſen und zu benennen beliebte.

Indeſſen hat es doch nicht unbedenklich ſcheinen wollen, hierauf allein die Entſcheidung zu ſtützen. Denn obbemerkter Maßen iſt Beklagter in den neueren Verhandlungen ſeit der Beweisaufnahme auf jene Argumentation aus [11] nicht wieder zurückgekommen und ſcheint auch derſelbe bei jenem ſeinem duplikariſchen Vorbringen bloß die Abſicht, ſich gegen die klägeriſcher Seits zu ſeinen Ungunſten aus dem Bezuge durch Gebrüder Baß und aus deren Note hergeleiteten Conſequenzen zu ſchützen und dieſelben als nicht ſchlechthin zutreffend zu bezeichnen, nicht aber die Intention gehabt zu haben, ein ihm nachtheiliges Geſtändniß zu machen, wobei es lediglich über Beklagtens Auftrag an Gebrüder Baß einer Beweisauflage noch bedurft haben würde, nicht aber, wie doch geſchehen und rechtskräftig feſtſteht, der Beweisſatz darauf, daß jene fl. 4800 als Darlehen gegen Verſatz der fraglichen Metalliques-Obligationen gezahlt worden, zu ſtellen geweſen ſein würde. Auch bedurfte es eines Recurſes auf jenes Quaſi-Geſtändniß im erſten Verfahren nicht, weil

2) die Zeugenvernehmung in Verbindung mit dem Gutachten der Sachverſtändigen einen direkten, wenn auch nicht vollen, ſondern der eidlichen Ergänzung noch bedürftigen Beweis dafür ergeben hat, daß Kläger mit der gegen Empfang der Metalliques an Gebrüder Baß nach deren Quittung in [11] gezahlten Summe von fl. 4800 für Beklagten in Vorſchuß gegangen ſei und eben zur Sicherheit dafür jene Metalliques in Händen behalten habe.

Es hat nämlich

a) in Übereinſtimmung mit ſeinem Bruder Löb Baß, welcher deponirte, es habe Wertheimber von ihrem Hauſe 1 pCt. Metalliques zu beziehen gehabt, auch Wolf Baß gelegentlich ſeiner Vernehmung über die Noten vom 31. Januar 1848 in [11] und [44] und zwar ſowohl vor als nach Einſicht ſeiner Bücher bekundet, daß ihr Haus für Wertheimber's Rechnung ſchon früher von dem Hauſe Goll & Söhne Metalliques-Obligationen bezogen gehabt und ihrerſeits dann in Prolongation genommen hätten und daß gerade dieß, wenn auch nicht durchgängig, diejenigen Effecten geweſen, welche von ihnen für Beklagtens Rechnung am 31. Januar 1848 gegen die obigen Noten dem Kläger geliefert worden wären.

Welcher Art zwiſchen Beklagten einer- und dem Hauſe Goll & Söhne resp. den Gebrüdern Baß andererſeits hiernach beſtandene Geſchäfts- und Rechtsverhältniß geweſen ſei, erhellt freilich nicht. Jedenfalls aber war Beklagter, mochten nun Gebrüder Baß nur ſeine Commiſſionäre, oder ſeine Pfandgläubiger, oder ſeine Verkäufer in Bezug auf gedachte Metalliques geweſen ſein, denſelben für ultimo Januar zur Zahlungsleiſtung verpflichtet und deren Schuldner, auch die erwähnten Staatspapiere zu beziehen oder anderweitig zu begeben, nur gegen Bezahlung der Gebrüder Baß berechtigt, wie im Stande, mithin des Geldes benöthigt. Inſofern nun, falls er letzteres disponibel gehabt hätte, es der Intervention Klägers zur Abwickelung jener Geſchäftsbeziehungen überall nicht bedurft haben würde, inſofern andererſeits, wenn Gebrüder Baß jene Metalliques zu 20 pCt. entweder von Goll & Söhnen für Beklagten bezogen, oder ſelbſt in Prolongation genommen hatten, es gar nichts Befremdliches hat, daß gedachte Papiere, obwohl ultimo Januar höher im Courſe ſtehend, nur zu jenem Betrage bezahlt und eingelöſt wurden, inſofern endlich dieß als gleichgültig erſcheint, ob Kläger dem Beklagten das zu jener Einlöſung erforderliche Geld vorgeſtreckt und dann durch beſondern Verſatz und förmliche Pfandübergabe die eingelöſten Effecten erhalten hat, oder aber auf Beklagtens Anweiſung für dieſen ſolche ſeinerſeits eingelöſte und dann als Deckung für dieſen Vorſchuß die Papiere nur unter ſich

behielt, dienen die obigen Depositionen der Gebrüder Baß der klägerischen Angabe, am 31. Januar 1848 dem Beklagten fl. 4800 dargeliehen und dafür die Metalliques-Obligationen zur Sicherheit in Depot erhalten zu haben, in dermaßen zur Unterstützung, daß darauf allein hin die Zulassung Klägers zum Erfüllungseide gerechtfertigt erscheinen dürfte. Es tritt aber

b) noch hinzu, daß die schon im diesseitigen Erkenntnisse vom 17. Februar 1851 geäußerte Ansicht, es spreche die Festsetzung der für die Metalliques vom Beklagten zu leistenden Zahlung auf eine runde Summe, statt nach dem Tagscours, oder nach Procentsätzen gegen Annahme eines Kaufs und für das Vorhandensein einer Verpfändung, nunmehr durch den Sachverständigen-Beweis eine wesentliche Unterstützung erhalten hat: wobei weder darauf, wie Beklagter einwendet, etwas ankommen kann, daß die Experten nur mit dem Beisatz „in der Regel," die Berechnung nach Coursen für üblich bei Prolongationsgeschäften erklärt haben, noch darauf, daß ihr Gutachten dahin lautet, es werde ihnen „die Auslegung" der Noten auf Darlehn gegen Versatz durch die runde Summe ohne alle Coursbeziehung „wahrscheinlich" gemacht. Denn durch ganz entschiedene Erklärung für das Vorhandensein eines Pfandgeschäftes würden offenbar die Experten nicht bloß mit dem in Widerspruch getreten sein, was sie ad B. bezeugt hatten, daß nämlich unter Handelsleuten von der richtigen Form sehr häufig abgewichen, diese größtentheils ihrer Erfahrung nach nicht beobachtet würde, sondern sie hätten damit auch, was ja Beklagter selbst als vor Allem bedenklich und außerhalb der den Experten gestellten Aufgabe belegen ansieht, der dem Richter obliegenden Entscheidung vorgegriffen. Daß dieselben aber jenen Beisatz „in der Regel" beliebten, ist offensichtlich nur durch die Fassung der beklagtischen Gegenfrage veranlaßt, wonach bei Bestimmung des Prolongations-Rückkaufsbetrages die Festsetzung einer runden Summe sogar „sehr häufig" vorkommen sollte und kann dieß der Beweiskraft jenes Ausspruchs in keiner Weise Abbruch thun, da, wenn auch nur gewöhnlichermaßen bei Verkäufen eine derartige Bestimmung des Kaufpreises nicht stattfindet, es Sache des Beklagten sein würde, vorliegend das

Vorhandenſein eines Ausnahmefalles, was gar nicht einmal verſucht iſt, zu documentiren.

Während alles bisher Bemerkte zu Klägers Gunſten und für ſeine Behauptung, zu Ende Januar ein Darlehen gegen Verſatz der Metalliques dem Beklagten gemacht zu haben ſpricht, kann ſchließlich

C. dem Beklagten auch darin nicht beigetreten werden, daß

1) der durch Wolf-Baß' Ausſage und durch die Note [44] ausreichend conſtatirte Umtauſch einzelner der am 31. Januar dem Kläger gelieferten Metalliques-Obligationen abſeiten des Letzteren, oder daß

2) die Faſſung der Baß'ſchen Noten, welche des Beklagten mit keinem Worte gedächten, noch irgend Anlaß und Zweck der Effectenlieferung andeuteten, vielmehr wie gewöhnliche Verkaufsnoten lauteten, oder daß

3) das Fehlen jedes eigentlichen Pfandbriefs und ſelbſt einer genauen Specification der Pfandſtücke der Annahme des vom Kläger behaupteten Geſchäftsverhältniſſes entgegenſtehe.

Denn mag auch, wie es allen Anſchein hat,

ad 1) jener Umtauſch ohne Wiſſen Beklagtens, jedenfalls ohne beßfallſige Verhandlung zwiſchen ihm und den Gebrüdern Baß geſchehen ſein, ſo hatte ja Kläger auch als bloßer Pfandgläubiger, um nicht bei dereinſtiger Einlöſnng der Metalliques durch Beklagten dieſerhalb in Weiterungen zu gerathen, ebenſowohl das Recht, als ein Intereſſe, unlieferbare und nicht börſenmäßige Obligationen zurückzuweiſen oder deren ſpätere Rücknahme gegen beſſere zu verlangen, und war derſelbe, inſofern er für Beklagtens Rechnung, alſo zugleich als deſſen Mandatar jene Effecten von den Gebrüdern Baß übernahm, für deren Lieferbarkeit ſogar verantwortlich. Andererſeits konnte

ad 2) das zwiſchen Beklagten und Klägern beſtehende Rechtsverhältniß, auf Grund und in Folge deſſen Letzterer die von Erſterem zu beziehenden Effecten den Gebrüdern Baß abnahm und bezahlte, dieſen weder bekannt, noch irgend von Intereſſe ſein. Außerdem aber bedurfte es auch einer Erwähnung deſſelben in der von ihnen auszuſtellenden Note um ſo weniger, als ſie über die

Legitimation Klägers zum Bezug der beklagtiſchen Papiere anderweit vergewiſſert waren und weil jene Note, welche überdieß in ihrer zweiten in [11] befindlichen Redaction nur generell auf „beifolgende“ nicht mehr auf „Ihnen (Klägern) gelieferte“ Metalliques lautete, nur dafür einen Beweis ſichern ſollte, daß Gebrüder Baß wegen jener Effecten für Capital und fällige Couponszinſen befriedigt ſeien, und daß Kläger ſich des ihm vom Beklagten ertheilten Abnahme-Mandats entledigt habe, nicht aber letzteres ſelbſt zu conſtatiren, oder die causa debendi für Klägers Anſprüche an Beklagten zu begründen resp. zu erweiſen beſtimmt war.

Der Einwand endlich,

ad 3) daß ein Pfandbrief und eine Pfandſpecification hätte ausgeſtellt werden müſſen, verdient in ſeiner erſten Hälfte ſo wenig eine Widerlegung und hat in ſeiner zweiten eine ſolche ſchon ſo bündig in den Entſcheidungsgründen der sent. a qua gefunden, daß hier füglich die doppelte Bemerkung genügen kann, wie einerſeits bei den Metalliques-Obligationen, welche durchaus den Charakter fungibler Sachen haben, und für das hier in Frage ſtehende Januar-Geſchäft allein in Betracht kommen, die Identität der von Gebrüder Baß für Beklagtens Rechnung empfangenen und der von Klägern an Beklagten zurückzugewährenden Stücke für Letzteren ohne alles Intereſſe

vergl. Bender Handbuch Seite 250.

zu ihrer ſpeciellen Verzeichnung nach Nummern mithin ein Grund um ſo weniger vorhanden war, als die Baß'ſchen Noten und Bücher nöthigenfalls darüber Aufſchluß gegeben hätten, wie andererſeits der Mangel jeder ſchriftlichen Note über das zwiſchen Klägern und Beklagten geſchloſſene Geſchäft und beſtehende Rechtsverhältniß von dem beklagtiſcherſeits vertretenen Standpunkt aus, daß es ſich nämlich um ein Lieferungs- resp. Prolongations-Geſchäft gehandelt habe, allermindeſtens ebenſo auffallend ſein müßte, als ein Verſatz ohne ausdrückliche ſchriftliche Pfandbeſtellung.

Wenn nun dieſem Allen nach ſchon jetzt nach dem Ergebniſſe der klägeriſchen Beweisführung die dringendſte Vermuthung und ein jedenfalls mehr als halber Beweis dafür vorliegt, ſobald alſo Kläger den hierauf implicite mitgerichteten Eid, zu welchem ihn

die sent. a qua nach Maßgabe des Beweisthema's zugelassen hat, wirklich ausschwören würde, in volle Gewißheit gestellt wäre, daß er zu Ende Januars gegen Versatz der fraglichen Metalliques dem Beklagten fl. 4800 verzinslich vorgeschossen habe, so kann es auch, was

ad II. die eigentlich streitigen Engagementsbriefe vom 29. Februar in [2] und [7] und die rechtliche Natur des in diesen Noten bekundeten Geschäfts anbelangt, kaum noch einen Anstand haben, daß auch hierin der vom Kläger vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben und daß dessen Beweisführung in dieser Richtung gleichfalls für so weit gelungen zu erachten sei, um ihn hierüber zum Ergänzungseide, wie geschehen, zu admittiren und die beklagtische deßfallsige Beschwerdeführung für unbegründet zu erklären.

Denn zuvörderst sind gegenwärtig

A. die in dem frühern diesseitigen Erkenntnisse aus Fassung und Inhalt der fraglichen Noten entnommenen Bedenken gegen die Annahme eines Pfandgeschäftes, so viel

1) die darin gebrauchten Ausdrücke „liefern" und „beziehe," sowie die beigefügte Erlöschungsclausel anbelangt, so gut wie ganz beseitigt. Es haben nämlich die Experten ganz bestimmt erklärt, jene Ausdrücke seien auf Prolongations- und Darlehensgeschäfte „gleich anwendbar" und würden ihres Wissens „sehr häufig," wenn auch eigentlich ihres Erachtens unrichtiger Weise „Versatzbriefe mit dem Zusatz ihres Erlöschens bei Ablauf des Engagements geschrieben;" und obgleich Klägers Behauptung, seinerseits immer nur unter solcher Clausel sich in Depotgeschäfte einzulassen, unerwiesen geblieben ist, so gewinnt dieß doch wenigstens für den vorliegenden Fall einige Wahrscheinlichkeit, wenn und weil es sich hier nicht um einen neuen Geschäftsabschluß, sondern um eine vom Beklagten gewünschte Verlängerung des frühern Depotgeschäfts gehandelt hat, indem bei der damaligen politischen Lage ein solcher Vorbehalt für Ende März mit Bestimmtheit auf Einlösung zu rechnen und zu weiterer Prolongirung sich nicht verstehen zu wollen, sehr erklärlich erscheinen muß.

Anbelangend aber

2) den Umstand, daß auch die fraglichen Engagementsbriefe

obwohl nicht auf die Metalliques beſchränkt, ſondern die nachgelieferten Lotterieloose, ſonach Effecten von mehr individueller Geltung mitumfaſſend, eine Angabe nach Nummern und Serien nicht enthalten, ſo iſt zwar

a) der Einwand Klägers, daß Beklagter, weil von ihm bei Gebrüder Baß die Rücknahme der unlieferbaren Metalliques nicht gehörig betrieben ſei, jenen Mangel ſelbſt verſchuldet habe, nicht zu beachten, indem die Engagementsbriefe vom 29. Februar datiren, die über die nachgelieferten Lotterieloose vom Beklagten gezeichnete Note in [27] dagegen das Datum des 28ſten trägt und der theilweiſe Umtauſch der Metalliques nach [44] ſogar ſchon am 27ſten Statt gefunden hat, mithin nicht abzuſehen iſt, weßhalb Kläger nicht in die von ſeiner Hand herrührenden Engagementsbriefe auch die Nummern hätte aufnehmen können. Allein

b) der eben erwähnte Umſtand, daß in [27] wenn auch nur in Klägers Händen ein Verzeichniß jener Lotterieloose exiſtirte, deſſen Edition Kläger nicht hätte weigern können, macht jenen Mangel unerheblich, zumal auch vom Beklagten der weitern Angabe des Klägers, daß für den März 1848 keine Verloosung in Ausſicht geſtanden habe, nicht widerſprochen iſt, für ihn alſo Kenntniß der ſpeciellen Nummern jener in Klägers Pfandbeſitz bis Ende März verbleibenden Effecten und ebenſo Beſitz eines deßfallſigen Beweisdocuments vorerſt nur von untergeordnetem Intereſſe war, jedenfalls aber dieß Intereſſe auch dann, wenn es ſich wirklich um ein Kaufgeſchäft gehandelt hätte, wegen des pro ultimo März angeblich bedungenen Rückverkaufs in gleichem Maaße für ihn vorhanden geweſen wäre, ſonach der in Frage ſtehende Mangel als etwas Indifferentes ſich darſtellt.

Letzteres gilt nicht minder

3) von der in den Engagementsbriefen vorkommenden Clauſel „nebſt meiner beſondern Zinsvergütung der bis zum 31. März 1848 auf den einprocentigen Metalliques haftenden Zinſen," auf welche Beklagter unter dem Vorgeben, daß bei Vorhandenſein eines Verſatzgeſchäfts nur von den auf dem Darlehn haftenden Zinſen und deren Vergütung hätte die Rede ſein können, ganz beſonders Gewicht zu Gunſten ſeiner Auffaſſung des ſtreitigen Geſchäfts legt.

Denn nicht bloß haben

a) die Experten bestimmt erklärt, es sei jene Clausel „ebensowohl auf Prolongation als Versatz anwendbar," sondern auch abgesehen von diesem Ausspruch, auf welchen hin bereits das Stadtgerichts-Erkenntniß, ohne daß hiergegen irgend etwas von Erheblichkeit beklagtischerseits eingewandt wäre, den in Frage stehenden Streitpunkt der Zinsvergütung für hinlänglich aufgeklärt angesehen hat, bietet

b) jene Clausel kaum noch zu Zweifel Anlaß, wenn man nur theils dieß erwägt, daß sie dem grammatischen Zusammenhange nach nicht mit den Worten „liefern" resp. „beziehe" wie die sent. a qua vermeint, in Verbindung gesetzt werden kann, sondern offenbar eine Apposition und zugleich eine Antithese zu den unmittelbar vorhergehenden Worten „gegen meine baaren Erlege" bildet, wenn nur ferner noch berücksichtigt wird, daß bloß in der beklagtischen Bezugs-, nicht auch in der klägerischen Lieferungsnote von „Zins"-Vergütung die Rede ist, sowie das Wort „meiner" vorkommt, wenn nur endlich auch dieß nicht übersehen wird, daß einerseits Kläger 4 resp. $4^1/_2$ pCt. Zinsen bis ultimo März unbestrittenermaßen genießen sollte, auch für die bis zum 31. Januar fällig gewesenen, den Gebrüder Baß vergüteten Couponszinsen Ersatz zu erhalten hatte, daß andererseits aber derselbe als bloßer Pfandinhaber der Papiere auf die seit dem 1. Februar fortgelaufenen Couponszinsen keinen Anspruch und die während des Pfandbesitzes fällig werdenden Coupons selbst dem Beklagten zu restituiren hatte, welche beiderseitige Zinsansprüche, sowohl in Bezug auf Zinsfuß, als in Betreff der Zeit, für welche eine deßfallsige Berechnung nöthig war und selbst in Betreff der Geldwährung keineswegs einander gleich standen. Denn hiernach kann jene Clausel nichts Anderes bedeutet haben, als daß die an sich dem Beklagten zukommenden Couponszinsen auf die dem Kläger von der Darlehenssumme zugesagten Zinsen in Anrechnung gebracht werden und die Zinsvergütung für Kläger bilden sollten, sowie, daß die dieserhalb nöthige Berechnung und gegenseitige Ausgleichung jedenfalls mit Regulirung des Hauptgeschäfts zu Ende März erfolgen werde. So verstanden, steht aber gedachte Clausel der

vom Beklagten beliebten Deutung des ganzen Geſchäfts nicht bloß nicht zur Seite, ſondern ſogar entgegen.

Vereinbar wie ſolchergeſtalt die Engagementsbriefe mit der Annahme eines Verſatzgeſchäfts in aller Weiſe erſcheinen, liegt für letzteres ferner ein poſitives Beweismoment,

B. in der ultimo Februar erfolgten Hinzufügung der Lotterieloose zu den Metalliques-Obligationen, welcher Nachlieferung unbedenklich der rechtliche Charakter eines Pfandzuſchuſſes, einer vermehrten Sicherſtellung des Klägers beigelegt werden darf.

Dahin geht nämlich, ſo man nur mit deren Ausſpruch die Faſſung der ihnen geſtellten Frage verbindet und zugleich deren Äußerung über den Mangel aller Coursbeziehung in [2] und [7] mit berückſichtigt:

1) Die von den Experten gegebene gutachtliche Erklärung in ebenſo beſtimmter als deutlicher Weiſe, und würde dieß allein ſchon gegen Beklagten entſcheiden, zumal derſelbe in den früheren Verhandlungen über die Bedeutung der klägeriſchen Note in [15] ſich höchſt ungenügend ausgeſprochen und darüber, daß die sent. a qua ſich für die Beweiskraft obiger Erklärung der Sachverſtändigen ausgeſprochen zu einer Entgegnung oder Bemerkung ſich überall nicht veranlaßt gefunden hat.

Außerdem ſteht aber auch

2) der beklagtiſchen Behauptung, daß er mittelſt der in [27] jetzt zu den Acten gekommenen Note vom 28. Februar jene Lotterieloose nur auch wieder unter der Tags darauf mittelſt der Engagementsbriefe in [2] und [7] übernommenen Verpflichtung zum Rückbezuge pro ultimo März verkauft habe, dieß entgegen, daß bei ſo verſchiedenartigen und zugleich ganz verſchiedenen Courszahlungen unterworfenen Papiere die Feſtſetzung des Kaufpreiſes in runder Summe doppelt auffallend wäre, und darf zugleich dieß nicht unerwogen bleiben, daß nach dem für den 26. Februar 1848 ſich ergebenden Coursſtande dieſer Gattung von Staatseffecten die nachgelieferten acht Lotterieloose am 28. und 29. Februar, wo die damalige Lage Frankreichs ſchon zur Genüge in Frankfurt bekannt war, nur einen Werth weit unter der Summe von fl. 800 gehabt haben können, daß es ſonach alle Wahrſcheinlichkeit gegen ſich hat,

daß Kläger ſolche zu obigem Preiſe neu gekauft haben ſollte, während es ganz erklärlich iſt, wenn Kläger bei doch nicht zu gewärtigender alsbaldiger Abwickelung des Januargeſchäfts, ſich mit einer, wenn auch vielleicht nicht ganz ausreichenden Verbeſſerung ſeiner Pfandſicherung durch jene Papiere genügen ließ.

Entſcheidend kommt endlich, weil und ſobald das Januargeſchäft in Nichts als einem dem Beklagten gemachten Darlehen beſtand, zu Klägers Gunſten und dafür, daß auch die Engagementsbriefe in [2] und [7] ſich auf ein Verſatzgeſchäft beziehen.

C) Dies in Betracht, daß es ſich, wie beide Theile einverſtanden ſind, bei den zu Ende Februar Statt gehabten Verhandlungen hauptſächlich um eine nur mit untergeordneten Modificationen verbundene Erneuerung und Verlängerung der zwiſchen ihnen ſchon ſeit Ende Januar beſtandenen Geſchäftsbeziehungen gehandelt hat. Denn, da eine bloße Prolongation, ſo lange nicht ausdrücklich die causa debendi geändert wird, des novativen Charakters entbehrt, wie denn überhaupt die Vermuthung gegen Annahme einer Novation ſtreitet, und da ferner hier in der Perſon des Schuldners und Gläubigers überall keine Änderung eintrat, in objectiver Hinſicht auch, ſoviel die Metalliques-Obligationen betrifft, abgeſehen von der Erhöhung der dem Beklagten zur Laſt fallenden Zinſen um ½ pCt. alles beim Alten blieb, da endlich weder an ſich, noch nach Faſſung der Engagementsbriefe anzunehmen ſteht, daß hinſichtlich der zu Ende Februars neu hinzugekommenen Lotterieloose ein anderes Rechtsverhältniß, nämlich ein Kauf- und Lieferungsgeſchäft zwiſchen den Parteien beabſichtigt geweſen und entſtanden ſei, als in Betreff der Metalliques-Obligationen bereits beſtand, ſo wird man, bis das Gegentheil, was keineswegs der Fall iſt, klar erwieſen vorliegt, davon auszugehen haben, daß der rechtliche Charakter des Februargeſchäfts dem der urſprünglichen, jetzt nur erneuerten Geſchäftsbeziehungen durchaus homogen geblieben ſei. Sobald es daher in Gewißheit ſteht oder geſetzt wird, daß Kläger zu Ende Januars gegen Verſatz von Staatspapieren ein Darlehen dem Beklagten gemacht habe, wird man ohne Weiteres auch das den Engagementsbriefen in [2] und [7] zu Grunde liegende Geſchäft als bloßes Depot zu behandeln, ſo berechtigt wie genöthigt ſein. Es würde hiernach

2) ohne den Umstand, daß die Rückbehändigung der auf einen Theil der Metalliques inzwiſchen fällig gewordenen (nach Einverſtändniß der Parteien, wie nach dem Gutachten bei Depotgeſchäften dem Schuldner bei Zeitgeſchäften dagegen dem Verkäufer nach Börſenbrauch zukommenden) Coupons an den Beklagten nicht völlig ins Klare geſtellt iſt, daß vielmehr darüber eine Ungewißheit fortbeſteht, ob Beklagter ſolche unentgeltlich und in natura ausgeliefert erhalten habe, oder ob und in welcher Maaßen dieſerhalb eine Abrechnung unter den Parteien eingetreten ſei, ſogar dieß haben in Frage kommen können, ob es, dafern, resp. nachdem von Klägern über das Januargeſchäft, und daß es ſich dabei nur um Pfandſicherheit für ein Darlehen gehandelt habe, ein Ergänzungseid geleiſtet würde resp. wäre, in Bezug auf das ultimo Februar geſchloſſene Geſchäft und hinſichtlich der Engagementsbriefe in [2] und [7] überall noch der Auflage eines Eides bedürfte, und ob nicht vielmehr ſchon mit Leiſtung jenes Eides der ganze dem Kläger obliegende Beweis für erbracht zu erachten wäre. Jedenfalls aber konnte die obgedachte partielle Ungewißheit ſelbſt, wenn man das deßfallſige Ergebniß der Acten als dem Beklagten, wie dieſer vermeint, entſchieden günſtig zu erachten veranlaßt wäre, nicht zu Entkräftung aller übrigen in ſo gewichtiger Weiſe für den Kläger ſprechenden Beweismomente, oder auch nur dahin führen, lieber den Beklagten zum Eide, entweder über das ganze Beweisthema, oder doch hinſichtlich der Natur des Februargeſchäfts zuzulaſſen.

Konnte nun aus den vorſtehend ad I. und II. entwickelten Gründen nur dieß

III. als Reſultat für die zu treffende Entſcheidung ſich ergeben, daß es bei Klägers Zulaſſung zum Ergänzungseide zu belaſſen und die sent. a qua zu beſtätigen ſei, ſo möchte es ſich zwar vielleicht empfohlen haben, für die Formulirung des vom Kläger zu leiſtenden Eides die beiden in dem Beweisthema mit einander combinirten Geſchäfte zu Ende Januars und ultimo Februars beſtimmter zu ſcheiden, und darüber, daß Kläger die für Beklagtens Rechnung durch Gebrüder Baß bezogenen Metalliques-Obligationen zur Sicherheit für ein dem Letzteren damals gemachtes Darlehen erhalten habe, ſowie daß dieß Darlehens- und Verſatzgeſchäft

ultimo Februar unter Pfandnachſchuß der Lotterieloose mittelſt [2] und [7] neu prolongirt worden ſei, geſonderte Eide dem Kläger aufzulegen.

Da indeſſen beide Parteien ſich über die dem Beweisthema genau entſprechende Eidesformulirung nicht beſchwert, und ſogar mit dem von den Verfaſſern der sent. a qua beliebten, freilich bedeutungsloſen Zuſatze ſich einverſtanden erklärt haben, die obige Scheidung des urſprünglichen Geſchäfts und ſeiner ſpätern, modificirten Prolongation überdieß ſowohl dem Beweisthema ſelbſt als vollends der klägeriſchen Beweisantretung zu Grunde liegt, ſo durfte es ſo angemeſſen als unbedenklich erſcheinen, auch in Betreff der Eidesformel eine rein confirmatoriſche Entſcheidung zu treffen, in deren Folge denn auch Beklagter, wie er mit ſeiner den Koſtenpunkt betreffenden Beſchwerde zurückzuweiſen war, in die Koſten jetziger Inſtanz verurtheilt werden mußte.

20.

J. C. Löffler Ehefrau, **M. E.** geb. Fendtner, Klägerin, wider die Erben des **Joh. Chr. Fertig** aus Kleinheubach, Beklagte, wegen Erbansprüche, jetzt Restitution gegen die Versäumung der Appellations-Einführungsfrist betreffend.

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts

vom 8. April 1854.

In Erwägung, daß

1) die Klägerin als Grund der wider die Deserterklärung ihrer Appellation gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 7. und 9. December vorigen Jahres nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geltend macht, daß ihr Appellations-Libell lediglich durch ein Versehen auf der Post zu spät hieselbst eingetroffen sei, und dieß für eine zureichende causa restitutionis allerdings zu achten ist;

2) dieser Restitutionsgrund auch einer weitern Bescheinigung nicht bedarf, indem

a) die bereits am 30. Januar dieses Jahres bei der Fahrpost in Frankfurt erfolgte Aufgabe des Packets mit dem fraglichen Appellations-Libell durch den Postschein und das Postzeichen auf dem Couverte des Packets verbunden mit der auf seine Amtspflicht abgegebenen und durch den Augenschein bestätigten Versicherung des Advocaten, daß dieses Packet den Appellations-Libell enthalten habe.

b) Das erst am Abend des 4. Februar hieselbst erfolgte Eintreffen des fraglichen Packets durch das Zeugniß des hiesigen Stadtpostamts und die auf seinen Amtseid abgegebene Erklärung des appellantischen Procurators, das Packet erst am 5ten Morgens von der Post erhalten zu haben, und

c) die, hienach, im Beihalt des von der Klägerin nachgewiesenen Umstandes, daß bei richtiger Beförderung Packete von Frankfurt bereits spätestens am vierten Tage hier eintreffen, schon an sich in diesem Fall anzunehmende Verzögerung auf der Post durch die Bescheinigung der Postamts-Expedition zu Hannover genügend nachgewiesen ist;

3) daß unter diesen Umständen von einem Verschulden so wenig der Partei als ihres Sachführers die Rede sein kann, und daher auch von einer wider Letzteren zu erkennenden Strafe Umgang zu nehmen ist; dagegen

4) die Kosten des Restitutionsverfahrens jederzeit den nachsuchenden Theil treffen; übrigens

5) die Klägerin nunmehr gehörig bescheinigt hat, bereits in den vorigen Instanzen das Armenrecht genossen zu haben;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

„Daß der Klägerin das nachgesuchte Armenrecht auch für die gegenwärtige Instanz zu bewilligen und dieselbe gegen die Versäumung der Einführungs- und Rechtfertigungsfrist ihrer wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 7. December vorigen Jahrs eingewandten Appellation und die deßhalb erfolgte Desertserklärung derselben nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wie hiemit geschieht, zu ertheilen."

— — — — — —

21.

G. Ludwig Zißmann, jetzt deſſen Wittwe **Mar. Magd.** geb. Graff, Klägerin und Widerbeklagte, wider die Inteſtat-Erben des verſtorbenen Stadtamtmannes Dr. **Gallus**, Beklagte und Widerkläger, wegen Forderungen und Gegenforderungen.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 20. October 1852.

— — — — — —

III. Die Klägerin verlangt weiter den Erſatz von fl. 261. 43½ kr. für Verwendungen, welche nach [2] ihr verſtorbener Ehemann auf das Haus des Dr. Gallus Lit. N. Nr. 5 gemacht haben ſoll. Abgeſehen von den übrigen erhobenen Einwänden der Beklagten, ſteht dem fraglichen Anſpruch der Inhalt der von Zißmann anerkannten Abrechnung [10] entgegen, worin die auf das gedachte Haus bezüglichen Einnahmen und Ausgaben des Zißmann aufgenommen ſind. Da dieſelbe mit dem 26. November 1849 ſchließt, ſo können keine früheren, ſondern nur die ſpäteren Auslagen des Zißmann in Betracht kommen, wozu die in [2] aufgeführten Beträge

1) der Steindeckerrechnung vom 29. Auguſt 1850 von fl. 2. 24 kr.

2) des Laternengeldes vom Jahr 1850 von fl. 4. 30 kr. und

3) des Brandverſicherungsbeitrags von 1848 — 1849 von 35 kr. gehören, welche als von den Beklagten ſtillſchweigend eingeräumt und ſonach mit fl. 7. 29 kr. liquid geſtellt anzuſehen ſind, während jedoch den Beklagten zwar nicht der Beweis der unſubſtantiirten Einrede der Verrechnung, aber der der zugleich behaupteten Zahlung nachzulaſſen iſt.

IV. Die Rechnung [3] enthält zunächſt einen Poſten über Frühſtück vom 16. März 1820 bis 16. Februar 1848 von fl. 1012. 52½ kr.

Es haben nun

1) Beklagte den Anſatz von 6 kr. täglich für das Frühſtück nicht beſtritten, auch nicht in Abrede geſtellt, daß ihr Erblaſſer

das Frühſtück von den verſtorbenen Zißmann'ſchen Eheleuten erhalten, ſondern nur geleugnet, daß dieß während der in der Klage angegebenen Zeit täglich Statt gehabt habe, indem ſie insbeſondere behaupteten, der Erblaſſer habe an den jährlichen acht und fünfzig Sonn- und Feſttagen das Frühſtück außerhalb des Hauſes eingenommen und jährlich im Durchſchnitt ein und zwanzig Tage auf Bad- und Ferienreiſen zugebracht. Hiernach wird in Folge des § 37 des J. R. A. und des Art. 34 der Prozeßordnung der fragliche Poſten bis auf den für die erwähnten ausgenommenen Tage in Abzug gebrachten Betrag von fl. 217. 39 kr. als ſtillſchweigend eingeräumt zu betrachten und der Klägerin wegen des letzteren Betrags unter Berückſichtigung, daß ſie einen jährlichen Ausfall von zwölf Tagen in der Replik zugegeben hat, der Beweis obliegen.

2) Die aus der Urkunde [10] hergeleitete Einrede der Verrechnung iſt zu verwerfen, da die in dieſer Urkunde enthaltene Abrechnung ſich nicht auf die vorliegende Forderung, ſondern nur auf die Einnahmen und Ausgaben in Betreff des Hauſes Lit. N. Nr. 5 bezieht.

3) Bei der weiter opponirten Einrede der Zahlung wird ſich auf die verſchiedenen Rechnungen berufen. In dieſen Rechnungen ſtehen mehrere Poſten über Kaffe und Weißbrod, aus welchen füglich zu folgern iſt, daß ſolche das Frühſtück des Erblaſſers betreffen. Die Klägerin hat zwar verabredet, daß dieſe nicht quittirten Rechnungen ihrem verſtorbenen Ehemann bezahlt worden ſeien; da ſie aber die an die erſte Ehefrau deſſelben geſchehene Zahlung nicht geleugnet, ſo iſt ſolche als ſtillſchweigend eingeräumt zu betrachten, und es werden die Beklagten ſich bei dem ihnen nachzulaſſenden Beweiſe der Zahlung der fraglichen Rechnungen, inſoweit ſolche Poſten über Kaffe und Weißbrod enthalten, mitbedienen können.

4) Die Einreden der Compenſation und Gegenleiſtungen, welche auch in Bezug auf andere eingeklagte Forderungen geltend gemacht ſind, ſollen weiter unter VI. in Erwägung gezogen werden.

5) Die noch vorgeſchützten Einreden der verwandtſchaftlichen Gefälligkeit, der Schenkung und des Verzichts ſind zu verwerfen

und zwar die beiden ersteren, weil schon darum nicht anzunehmen ist, daß die fraglichen Leistungen unentgeltlich Statt gefunden haben, da die Rechnungen, wie bemerkt, verschiedene Posten enthalten, welche nach der eigenen Angabe der Beklagten sich auf das Frühstück beziehen und von dem Erblasser bezahlt worden sein sollen, während die Einrede des Verzichts überall der erforderlichen Substantiirung entbehrt.

— — — — — —

VI. Die Posten 3 und 4 der Rechnung [3] für Bedienung und Nähelohn von fl. 333 und fl. 288. 36 kr. sind von den Beklagten theils ausdrücklich, theils stillschweigend eingeräumt, jedoch ist auch in dieser Hinsicht neben verschiedenen anderen nicht gehörig substantiirten und daher nicht zu berücksichtigenden Einreden, die der Zahlung opponirt worden.

Es soll nämlich

1) der Erblasser messentlich an seine Schwester für die Magd und Dienstleistungen fl. 22 bezahlt haben, welche Zahlungen Klägerin in Abrede stellt und daher zu erweisen sind. Außerdem haben die Beklagten

2) in der Vernehmlassung unter b — h verschiedene Schenkungen und Zahlungen aufgeführt, welche der Erblasser als Entgeltung für die vorerwähnten Leistungen sowie für das vorstehend unter IV. gedachte Frühstück den Zißmann'schen Eheleuten gemacht haben soll. Diese angeblichen Schenkungen und Zahlungen können daher auch nur insofern in Betracht kommen, als sie den oben angegebenen Zweck gehabt haben.

Es ist daher bei dem Widerspruch der Klägerin der Beweis der Beklagten auf beide Punkte zu erstrecken.

— — — — — —

IX. Was die Widerklage und zunächst die Forderung von fl. 1340. 54½ kr. nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 16. September 1849 betrifft, so geht aus dem Zeugniß der Transscriptionsbehörde und Hypothekenbuchführung hervor, daß Dr. Gallus und seine verstorbene Schwester, die erste Zißmann'sche Ehefrau, das mit zwei Restkaufschillings-Capitalien von zusammen fl. 2681. 49 kr. im fl. 24 Fuße behaftet gewesene Haus Lit. N. Nr. 5 von ihren

Eltern ererbt gehabt, Erſterer aber beſagte Capitalien abgelegt und ſeiner Schweſter die Hälfte davon creditirt hatte. War nun auch die fragliche auf dem erwähnten Hauſe radicirt geweſene Schuld gelöſcht und dem Dr. Gallus die ſeiner Schweſter eigenthümliche Hälfte dieſes Hauſes nach deren Ableben zugefallen, ſo hatte doch Zißmann für das von ſeiner Ehefrau dem Dr. Gallus ſchuldig verbliebene Capital von fl. 1340. 54½ kr. nicht aufzukommen, da daſſelbe nicht als eine Eheſchuld zu betrachten war und vielmehr die Abtragung dieſer Schuld lediglich dem Dr. Gallus als Immobiliarerben ſeiner Schweſter zum Vortheil gereicht hatte. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß, ſowie die Ehefrau des Zißmann dem Dr. Gallus die vierprocentigen Zinſen des Capitals von fl. 1340. 54½ kr. zu vergüten gehabt, Zißmann ebenfalls während der Dauer ſeiner lebenslänglichen Nutznießung dieſe Zinſen zu berichtigen ſchuldig geweſen iſt, was denn auch derſelbe durch die von ihm unterzeichnete Abrechnung [10], worin die am 16. September 1849 fällig geweſenen Zinſen mitaufgeführt ſind, anerkannt hat.

Hienach iſt der von den Beklagten reconveniendo erhobene Capitalanſpruch von fl. 1340. 54½ kr. zu verwerfen und die Klägerin nur ſchuldig den Beklagten die Zinſen dieſes Capitals zu 4 pCt. jährlich vom 16. September 1849 bis zum 24. April 1852, als dem Todestage ihres Ehemannes, zu vergüten und beziehungsweiſe zu verrechnen.

— — — — — —

XI. Die Widerbeklagte leugnet nicht mit Beſtimmtheit, daß ihr Ehemann den in der Vernehmlaſſung und Widerklage [6] erwähnten Wein und Bretzeln beſtellt gehabt habe; es können aber ſelbſt abgeſehen von dem ihrem Ehemanne zur Seite geſtandenen notoriſchen Ortsgebrauche, unter Berückſichtigung der in den Acten zur Sprache gekommenen günſtigen Vermögensverhältniſſe des Verſtorbenen, die fraglichen Ausgaben nicht als übermäßige betrachtet werden, wofür ihr Ehemann den Erben erſatzpflichtig geweſen wäre.

— — — — — —

Es wird nun zu Recht erkannt:

A. — — — — — —

C. Es hat binnen noch anzuberaumender Frist die Klägerin vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

a) daß ihr verstorbener Ehemann dem Erblasser der Beklagten während des Zeitraums vom 16. Mai 1820 bis 16. Februar 1848 außer an 286 Tagen jedes Jahres, auch an weiteren 67 Tagen jedes Jahres, das Frühstück gestellt habe.

— — — — — —

D. Den Beklagten wird nachgelassen binnen gleicher Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

a) daß ihr Erblasser dem Ehemanne der Klägerin die Steindeckerrechnung vom 29. August 1850 von fl. 2. 24 kr., das Laternengeld vom Jahr 1850 von fl. 4. 30 kr. und den Brand-Versicherungsbeitrag von 1848 bis 1849 von 35 kr. bezahlt habe,

b) daß ihr Erblasser dem Schuhmachermeister Zißmann oder dessen ersten Ehefrau das ihm während des Zeitraums vom 16. Mai 1820 bis zum 16. Februar 1848 gestellte Frühstück bezahlt habe,

c) daß ihr Erblasser seiner verstorbenen Schwester für die Magd und Dienstleistungen während des Zeitraums vom 16. Mai 1820 bis 16. Februar 1848 messentlich fl. 22 bezahlt habe,

d) daß ihr Erblasser die in der Vernehmlassung unter b — h aufgeführten Schenkungen und Zahlungen den verstorbenen Zißmann'schen Eheleuten als Entgeltung für die von derer Seite empfangenen Dienstleistungen, sowie für das ihm gelieferte Frühstück gemacht habe.

— — — — — —

B. In der Widerklage werden

A. die Widerkläger mit ihren Forderungen von fl. 1340. 54½ kr., fl. 500 und fl. 125 abgewiesen.

— — — — — —

C. Der Anspruch der Widerkläger auf Zinsen von fl. 1340. 54½ kr. zu 4 pCt. jährlich, vom 16. September 1849 bis zum 24. April 1852, wird liquid erklärt.

— — — — — —

C. Je nach dem Ergebniß der vorbemerkten Beweiſe, ſoll in der Vor- und Widerklage, ſowie wegen der Koſten weitere rechtliche Verfügung erfolgen.

Die gegen dies Erkenntniß verfolgte Appellation der Klägerin wurde durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 26. Januar 1853 verworfen, der Appellation der Beklagten dagegen theilweiſe Statt gegeben.

Aus dem **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 26. Januar 1853.

Auf Appellation der Beklagten.

I. Die Forderungen in [2] ſind erſt nach der Abrechnung [10] entſtanden; der Anſpruch an ſich iſt daher zuläſſig. Dagegen ſind dieſelben beſtimmt verabredet, müſſen daher erwieſen werden. Der Poſten B a. iſt davon nicht auszuſchließen, da die Einrede der fehlenden Specification bei der Geringfügigkeit des Betrags ohne Bedeutung iſt.

— — — — — —

III. Was die Poſten 3 und 4 der Rechnung [3] act. anbelangt, ſo muß der erſte derſelben ſofort zurückgewieſen werden. Bei dem nahen verwandtſchaftlichen Verhältniſſe, welches zwiſchen den Zißmann'ſchen Eheleuten und dem Amtmanne Gallus, bei dem fortdauernd freundlichen Verkehre, welcher unverkennbar zwiſchen denſelben beſtanden hat, kann um ſo weniger angenommen werden, daß für die fraglichen Dienſte eine beſondere Bezahlung erwartet oder zugeſagt geweſen ſei, als den Zißmann'ſchen Eheleuten durch die Gewährung jener Dienſte eine beſondere Ausgabe — ſei es durch vermehrten Lohn wegen vermehrter Dienſte des Geſindes, ſei es durch nothwendig gewordene Vermehrung dieſes Letzteren — überall nicht zugewachſen iſt.

Anders verhält es ſich mit dem vierten Poſten. Es muß hier vor allem als zugeſtanden angenommen werden, daß von klägeriſcher Seite zur Erhaltung des Leibgeräths des Amtmannes Gallus wöchentlich die Dienſte einer Näherin gemiethet worden ſind. Die Wiedererſtattung ſolcher Auslagen braucht aber nicht beſonders

zugesagt zu sein, die Verpflichtung zu derselben liegt in der Natur der Sache. Die behaupteten Gegenleistungen sind nicht zugestanden, sie müssen demnach erst noch bewiesen werden, was auch von der behaupteten und bestrittenen Eigenschaft der angeblichen Schenkungen als remuneratorischen gilt.

Eine Abänderung des Beweissatzes D. d. ist durch Verwerfung des Postens 3 in [3] nicht geboten.

— — — — — —

V. Die fünfte Beschwerde ist nach demjenigen, was das stadtgerichtliche Erkenntniß unter XI. ausgeführt hat, wahrhaft abwegig, die Bezugnahme aber auf die Verordnung vom 7. Juni 1774 muß frivol genannt werden, da diese Verordnung — abgesehen von Anderem — ausdrücklich nur für die Landbewohner bestimmt war.

— — — — — —

VII. Die letzte Beschwerde ist an sich unzulässig; übrigens wird bei den Schriftsätzen beider Theile, in Schreibart und Umfang das rechte Maaß vermißt.

Diesemnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 20. October 1852 dahin abgeändert, daß Klägerin auch mit ihrer Forderung von fl. 333 Posten 3 in [3] sofort abgewiesen und verbunden ist, zuvor noch die geschehene Zahlung der Posten in [2] act. darzuthun, im Übrigen die von Beklagter Seite gegen dieses Erkenntniß eingebrachte Appellation verworfen,

— — — — — —

Auf weitere Appellation der Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 11. Mai 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Auf die von dem Appellanten gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 26. Januar 1853 erhobenen Beschwerden konnte nicht eingegangen werden. Die erste Beschwerde, dahin gerichtet, daß die drei Posten in [2] nicht wegen Dunkelheit gänzlich verworfen, eventualiter, daß sie für zugestanden erachtet und nicht statt dessen zum Gegenstande klägerischer Beweisführung gemacht

worden ſeien, erſcheint theils grundlos, theils beruhet die Aufſtellung derſelben auf einer Flüchtigkeit des appellantiſchen Anwaltes.

Grundlos iſt die Beſchwerde in ihrem principalen Theile. Die in Rede ſtehenden drei Poſten ſind bezeichnet als „Verwendungen und Auslagen" für das zu dem Gallus'ſchen Nachlaſſe gehörige, nach Straße, Littera und Nummer näher angegebene Wohnhaus, auch ſind ſie im Einzelnen durch Angabe des verausgabten Belaufes, der Art der Aufwendung und der Zeit, wann dieſelbe erforderlich geweſen, mithin in den weſentlichen Punkten genügend ſpecificirt um eine Einlaſſung zu ermöglichen. Einer weitern Detaillirung oder Specificirung der einzelnen Poſten bedarf es in Fällen, wo, wie hier, die Geſammtſumme einer größeren Anzahl von Verausgabungen oder ähnlichen in Anſpruch genommenen Poſten geltend gemacht wird, bei der Klageſtellung nicht, und erſt im Juſtificationsverfahren iſt in Betreff der vom Beklagten beſtrittenen Poſten auf die näheren und dann zugleich zu beweiſenden Umſtände einzugehen. — Die Appellanten hätten ſich mithin wohl über jene Poſten erklären können, wie ſie dies denn auch eventualiter gethan haben.

Auf die von der Appellatin in jetziger Inſtanz beigebrachten Belege zu den hier in Betracht gezogenen Poſten kommt es freilich gegenwärtig nicht an; gleichwohl wird durch dieſelben beſtätigt, daß der Appellatin mit Unrecht von ihren Gegnern der Vorwurf gemacht worden iſt, jene Poſten in ungenügender Weiſe in der Geſammtrechnung Anlage 2 aufgeführt zu haben.

Anlangend den eventuellen Theil der Beſchwerde, ſo bekämpft der appellantiſche Anwalt in derſelben ein nicht vorhandenes Deciſum des Appellationsgerichts. Er beſchwert ſich darüber, daß die fraglichen drei Poſten für zugeſtanden erachtet worden ſeien, während es doch ausdrücklich in der Sententia a qua heißt:

> „die drei Poſten ſind in der Vernehmlaſſung auf die Klage beſtimmt verabredet und müſſen daher erwieſen werden."

und in der ſchließlichen Zuſammenſtellung des Reſultates der einzelnen Entſcheidungen geſagt worden iſt:

„die Klägerin habe die geſchehene Zahlung der Poſten B. a. c. d. darzuthun.“

Die zweite Beſchwerde iſt dahin gerichtet, daß nicht die Einrede der Zahlung in Beziehung auf die Frühſtücksforderung von fl. 1012. 52½ kr. für 27¾ Jahre, vom 10. Mai 1820 bis 16. Februar 1848 als durch die von den Appellanten beigebrachten Beweisſtücke und aus den Acten ſich ergebenden Momente für genügend nachgewieſen erachtet worden ſei, um eine Abweiſung der Appellatin mit der gedachten Forderung zu motiviren.

Nun liegen freilich ſehr erhebliche Beweismomente für die Annahme vor, daß der verſtorbene Dr. Gallus Alles, was er für das ihm gelieferte Frühſtück ſchuldig geworden iſt, bezahlt haben wird, indem der Umſtand, daß unter den Papieren des Verſtorbenen die von den Appellanten in erſter Inſtanz beigebrachten und von der Appellatin als echt und bezahlt anerkannten, aus verſchiedenen Zeiten und ſogar Jahrzehnten ſtammenden, die verſchiedenartigſten Gegenſtände umfaſſenden Rechnungen über häusliche Lieferungen gefunden worden ſind, in welchen regelmäßig auch ein Anſatz für Kaffe und zwar von 6 kr. für jeden Tag, zeitweilig im Durchſchnitte von höherem Betrage aufgeführt iſt, ſchon an ſich jene Annahme in dringender Weiſe begründet, wohinzu noch andere in den Acten liegende Momente kommen, insbeſondere, daß zwiſchen dem verſtorbenen Dr. Gallus und den Zißmann'ſchen Eheleuten verſchiedentlich abgerechnet, und daß von Dr. Gallus darauf hingeſtrebt worden iſt, durch ſolche Abrechnungen und durch die Berichtigung der Saldi, ſowie durch Quittungsertheilung Unordnung und Irrthum zu beſeitigen, daß ferner actenkundigermaaßen Dr. Gallus im Verhältniß zu den Zißmann'ſchen Eheleuten der wohlhabende, wohlwollende und vielfach unterſtützende und aushelfende Theil geweſen iſt, ſo daß es die Wahrſcheinlichkeit in hohem Grade gegen ſich hat, daß Erſterer eine ihm regelmäßig gemachte Lieferung von 6 kr. per Tag unbezahlt gelaſſen, und zwar, daß dieſes Unbezahltlaſſen 27¾ Jahre fortgedauert haben ſollte; — allein die vorſtehenden Erwägungen konnten dennoch nicht dahin führen, ein dem Antrage der Appellanten entſprechendes definitives, oder auch nur auf

ein von ihnen abzuleiſtendes Suppletorium gerichtetes Erkenntniß abzugeben. — Die proceſſualiſche Lage der Sache läßt nämlich ein ſolches Erkenntniß in Betreff des bezeichneten Punktes nicht thunlich erſcheinen, und wie es einerſeits möglich iſt, daß die Appellanten in dem einzuleitenden Beweisverfahren die bereits zu ihren Gunſten vorliegenden Beweismomente noch vermehren werden, ſo iſt andererſeits davon auszugehen, daß den Beklagten Gelegenheit gegeben werden muß, reprobando auf die Entkräftung der ſchon vorliegenden oder der von den Appellanten etwa ferner beizubringenden Beweisſtücke hinzuwirken.

Es mußte mithin bei der in zweiter Inſtanz confirmirten Beſtimmung des Erkenntniſſes des Stadtgerichts D. b., zufolge welcher in Betreff der Forderung für Frühſtück den Appellanten der Beweis der Zahlung obliege, ſein Verbleiben haben, wobei es ſelbſtverſtändlich den Appellanten unbenommen bleibt, ſich des bereits in actis Liegenden zu bedienen oder mitzubedienen.

Anlangend die dritte auf die appellatiſche Forderung von fl. 288. 36 kr. für Nähelohn ſich beziehende beklagtiſche Beſchwerde, ſo iſt mit den Entſcheidungsgründen des Appellationsgerichts ein Unterſchied zu machen zwiſchen ſolchen häuslichen Dienſten, wie ſie nach dem Poſten 3 der Anlage 2 dem Dr. Gallus gewährt worden ſind, nämlich durch Hausmädchen und Lehrjungen, welche die Zißmann'ſchen Eheleute ohnehin halten und für ſich ſelbſt benutzen mußten, und ſolchen Dienſtleiſtungen, wie die hier in Frage ſtehenden einer beſonders anzunehmenden Näherin. Die Vergütung von Auslagen der letzteren Art brauchte in einem Verhältniſſe, wie in dem zwiſchen dem Dr. Gallus und den Zißmann'ſchen Eheleuten beſtehenden, nicht beſonders zugeſagt zu ſein, vielmehr lag die Verpflichtung dazu in der Natur des Verhältniſſes.

Ebenſo können ſich die Appellanten nicht darüber beſchweren, daß ihnen vom Stadtgerichte sub D. d. zu beweiſen freigelaſſen resp. auferlegt worden iſt, daß ihr Erblaſſer die in den Acten näher erwähnten Schenkungen und Zahlungen den Zißmann'ſchen Eheleuten „als Entgeltung für die von deren Seite empfangenen Dienſtleiſtungen" gemacht habe. Die Appellanten ſelbſt haben

dieſe Leiſtungen als Schenkungen charakteriſirt; ſollen ſie deſſenungeachtet nicht als ſolche im eigentlichen Sinne, ſondern als Vergütungen und Entgeltungen behandelt werden, ſo iſt von ihnen der Beweis zu liefern, daß die erwähnten Schenkungen im letzteren Sinne geleiſtet worden ſeien.

— — — — — —

Die vierte Beſchwerde betrifft die von den beiden unteren Inſtanzen ausgeſprochene Verwerfung der von den Appellanten reconveniendo geltend gemachten Forderung von fl. 1340. 54½ kr. Dieſe Beſchwerde iſt als durchaus grundlos zu bezeichnen.

Dem Dr. Gallus und deſſen Schweſter der Ehefrau Zißmann, war von ihren Eltern ein in den Acten näher bezeichnetes, in Sachſenhauſen belegenes Immobile erblich angefallen. Auf demſelben laſtete eine Hypothekenſchuld, vom Reſtkaufſchilling herrührend, von fl. 2681. 49 kr. Dr. Gallus zahlte dieſes Capital dem hypothekariſchen Creditor aus und ließ ſich die Hypothekforderung cediren. Zur Hälfte mußte ſie dadurch von ſelbſt wegfallen, zur anderen Hälfte war die Schweſter als Miterbin die Schuldnerin, aber die bloß cedirte Forderung blieb nach wie vor was ſie geweſen war, eine auf dem Hauſe ruhende Forderung, nur daß ſie der hypothekariſchen Inſcription ermangelte. Selbſt wenn es wahr wäre, was die Appellanten erſt in jetziger Inſtanz behaupten, daß die Schweſter von der eingetretenen Veränderung Kunde gehabt habe, ſo würde dies ohne Einfluß ſein. Als debitrix cessa konnte ſie von der Ceſſion in Kenntniß geſetzt ſein, und die Forderung blieb doch was ſie geweſen, eine mit dem Hauſe connexe Schuld, ſogenannte Immobiliarſchuld; der Dr. Gallus als Immobiliarerbe ſeiner Schweſter mußte demnach das Immobile mit derſelben übernehmen. Eine Verwandlung in eine wahre Chirographarſchuld konnte nur durch Novation geſchehen. Eine ſolche geht aber weder aus [20] hervor, noch iſt dasjenige, was dazu gehören würde um ſie zum Beweiſe zu verſtellen, behauptet worden.

Die fünfte Beſchwerde der Appellanten betrifft die angeblich zu hohen von dem verſtorbenen Zißmann veranlaßten Aufwendungen an Wein und Bretzeln bei dem Begräbniſſe des Dr. Gallus.

Sie berufen ſich zur Nachweiſung, daß die verausgabten fl. 20. 3 kr. das gehörige Quantum um ca. fl. 14 überſchritten habe, auf eine Rathsverordnung vom 7. Januar 1774,

Beyerbach I. Seite 181.

welche sub. III. 6 verbietet, daß für Eſſen und Trinken bei Begräbnißfeierlichkeiten einſchließlich „Bretzeln“ mehr als höchſtens 5 bis 6 Gulden verausgabt werden ſollen. Allein abgeſehen davon, daß es bedenklich ſein würde, eine polizeiliche Vorſchrift der hier vorliegenden Art, auf deren Gegenſtand die Veränderung der conventionellen Anſichten vielfach eingewirkt, nach Verlauf von 80 Jahren ihrem buchſtäblichen Inhalte nach zur Anwendung zu bringen, ſo gehört jene Verordnung überhaupt nicht hieher, da dieſelbe ausdrücklich nur für die Bewohner des Stadtgebietes, nicht auch für die Stadt Frankfurt ſelbſt erlaſſen worden iſt.

Abgeſehen von jener Verordnung iſt kein Grund vorhanden, den verſtorbenen Zißmann, oder nunmehr die Appellatin als deſſen Erbin, wegen einer zu hohen Aufwendung in Anſpruch zu nehmen. Denn geſetzt, Zißmann, dem als nächſten Angehörigen die Einrichtung des Begräbniſſes oblag, hätte hiebei einen Mißgriff gethan, ſo würde doch nur eine entſchieden übermäßige Aufwendung oder abſichtliche Beeinträchtigung des Intereſſes der Erben ihn verantwortlich gemacht haben, wovon hier überhaupt Nichts vorliegt.

Die ſechste Beſchwerde betrifft das Streitverhältniß ſelbſt nicht und bezweckt nur einen Tadel des Gerichtes über die Art und Weiſe, in welcher von Seiten der Appellatin bei dem vorliegenden Prozeſſe verfahren worden ſei, zu veranlaſſen. Wie keiner Ausführung bedarf, ſo iſt das den Gerichten zuſtehende Recht der Rüge und Zurechtweiſung in Beziehung auf die Parteien unabhängig von den Anträgen der Letzteren, und denſelben ſteht mithin niemals ein Anſpruch darauf, daß jenes Recht in einem gewiſſen Fall ausgeübt werde, zu.

— — — — — —

22.

L. R. in Meiſenheim, Kläger und Widerbeklagter, wider **C. K.**, Beklagten und Widerkläger, wegen eines Geſellſchaftsvertrags.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 6. October 1852.

In Erwägung, daß

1) der Vertrag, nach welchem der dahier nicht verbürgerte Kläger, als Socius in das dahier befindliche Waarengeſchäft des dahier verbürgerten Beklagten eintritt, der prohibitoriſchen Beſtimmung des neunten Artikels der Verordnung vom 5. Juni 1708 zuwiderläuft,

2) dieſe Beſtimmung auch durch die Grundrechte niemals aufgehoben geweſen, gleichwie denn auch die vorliegende Contravention in dem angeblichen Umſtand, daß Kläger verſprochen habe, das hieſige Bürgerrecht zu erwerben, nicht gerechtfertigt zu werden vermag,

3) der gedachte Vertrag daher nach Vorſchrift der l. 5 Cod. de legibus (1. 14) als nichtig erſcheint und jeglicher auf denſelben begründeter Anſpruch als verwerflich zu erachten iſt, ſonach

4) beklagter Theil die von dem Kläger in Gemäßheit des Vertrags eingeſchoſſenen Gelder ohne rechtlichen Grund beſitzt und ſich ſeit dem Tage der mitgetheilten Klage in mora solvendi befindet, wogegen aber auch

5) dem Kläger ein Antheil an dem ſeitherigen Gewinn des Geſchäftes des Beklagten nicht gebührt, und derſelbe das aus dem Geſchäft Bezogene ſich an ſeiner Forderung in Abzug bringen zu laſſen hat;

6) Beklagter die Einzahlung von fl. 23,882. 30 kr. von Seiten des Klägers einräumt und Kläger ſelbſt angibt, daß er fl. 3400 aus dem Geſchäft erhoben habe,

7) die Widerklage lediglich auf dem nichtigen Vertrag beruht, wird unter Verwerfung der sonstigen klägerischen Anträge, sowie der Widerklage des Beklagten zu Recht erkannt:

I. Beklagter ist schuldig binnen sechs Wochen den Betrag von fl. 20,482. 30 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt., vom 14. Februar 1852 ab, an den Kläger zu bezahlen und demselben $^5/_6$ der entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

II. Sind die Acten salva remissione, an das Recheneiamt abzugeben.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 15. August 1853.

Auf Appellation des Klägers

erkennen Präsident und Räthe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt, nach eingeholtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten (Rechtsfacultät Wien) den Acten gemäß für Recht:

daß unter theilweiser Abänderung des von dem Stadtgerichte in Frankfurt unterm 6. October 1852 geschöpften Erkenntnisses zu entscheiden befunden:

a) Beklagter sei schuldig, binnen sechs Wochen vom Tage der Urtheilszustellung den Betrag von fl. 20,482. 30 kr. nebst den fünfprocentigen Zinsen vom 14. Februar 1852 ab dem Kläger zu bezahlen.

b) Werde derselbe zu dem binnen sechs Wochen vom Tage der Urtheilszustellung zu erbringenden Beweise zugelassen:

1) daß zwischen dem Beklagten und dem Kläger außer dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vom 14. August 1850 ein besonderes Übereinkommen getroffen worden sei, auf gemeinschaftliche Rechnung das in der Frankfurter Gemarkung Gew. — Nr. — gelegene Grundstück um fl. 17,000 auf den Namen des Beklagten und seiner Ehegattin anzukaufen und auf demselben den Bau eines Fabrikgebäudes auszuführen.

2) Daß die Kosten des Ankaufs des besagten Grundstücks und des Baues des darauf aufgeführten Fabrikgebäudes sich auf fl. 30,000 oder auf welchen geringeren Betrag sich dieselben belaufen; und

3) daß auf dieſer Realität eine Hypothek von fl. 20,000 verſichert ſei.

c) In Anſehung der Prozeßkoſten wird die Entſcheidung bei Fällung des Endurtheils in der vorliegenden Rechtsſache erfolgen.

Aus den **Entſcheidungsgründen zum Erkenntniß des Appellationsgerichts.**

Die richtige Entſcheidung der vorliegenden Rechtsſache hängt:

1) vorerſt von der Frage über den rechtlichen Beſtand des zwiſchen dem Kläger und dem Beklagten abgeſchloſſenen Geſellſchaftsvertrages vom 14. Auguſt 1850 ab. Als maßgebend hiefür erſcheint die Frankfurter Rathsverordnung vom 5. Juni 1708, deren erſter Artikel dahin lautet:

— — — — — —

Eine ſeither erfolgte Aufhebung dieſes Geſetzes kann durchaus nicht behauptet werden. Es verfügte zwar allerdings der § 133 der deutſchen Reichsverfaſſung (welche im Auftrage des Hohen Senates der freien Stadt Frankfurt unterm 5. Mai 1849 zur Nachachtung bekannt gemacht wurde) ausdrücklich: „Jeder Deutſche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes . . . . . jeden Nahrungszweig zu betreiben . . . . .;“ allein er fügt in ſeinem Schlußſatze bei: „die Bedingungen für den Gewerbebetrieb werden durch eine Gewerbeordnung für ganz Deutſchland von der Reichsgewalt feſtgeſetzt.“ — Dieſe Anordnung kann offenbar nur den Sinn haben, daß die zu erlaſſende Gewerbeordnung auf den Grundſatz der Gleichberechtigung aller deutſchen Reichsbürger gebaut werden ſollte, daß aber bis zu deren Einführung die beſtehenden Vorſchriften fortan in Geltung zu bleiben hätten. Dieſe ſchlechthin zu beſeitigen, ohne etwas Neues an deren Stelle zu ſetzen, konnte nicht die Abſicht der Reichsgeſetzgebung geweſen ſein; es würde dadurch eine heilloſe Verwirrung in allen gewerblichen Verhältniſſen herbeigeführt, ja das Geſetz mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gebracht worden ſein; denn während daſſelbe ausdrücklich von den Bedingungen ſpricht, von denen der Gewerbebetrieb abhängig ſein ſoll, würden mit der Aufhebung aller früheren Anordnungen, bevor noch eine neuerliche Verfügung an deren Stelle trat, alle Bedingungen hinweggefallen ſein. Deßhalb

erklärte auch das Einführungsgeſetz für die Grundrechte des deutſchen Volkes, Abſchnitt I.: „Mit dieſem Reichsgeſetze treten in Kraft die Beſtimmungen des § 3 (der Grundrechte, gleichlautend mit § 133 der Reichsverfaſſung) jedoch in Beziehung auf . . . . . Gewerbebetrieb unter Vorbehalt der in Ausſicht geſtellten Reichsgeſetze.“ — Dann Abſchnitt VI.: „Bis zur Erlaſſung der in § 3 (133) . . . . erwähnten Reichsgeſetze ſind die betreffenden Verhältniſſe der Landesgeſetzgebung unterworfen,“ — und Abſchnitt VII.: „In den Fällen, in welchen nach dem Vorſtehenden neue Geſetze erforderlich oder in Ausſicht geſtellt ſind, bleiben bis zur Erlaſſung derſelben für die betreffenden Verhältniſſe die bisherigen Geſetze in Kraft.“ — Dieſemnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die oberwähnte Rathsverordnung vom 5. Juni 1708 durch die Einführung der Reichsverfaſſung (und insbeſondere der darin enthaltenen Grundrechte) nicht außer Wirkſamkeit geſetzt worden ſei. — Ebenſo wenig läßt ſich behaupten, daß die eben gedachte Verfügung in neuerer Zeit außer Übung gekommen ſei, da dieſelbe auch nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten, nur nicht mehr ſo ſtrenge wie früher, gehandhabt, alſo eingeſtandenermaaßen, wenn gleich in ſeltenen Fällen, zur Anwendung gebracht wurde, daher von einer entgegenſtehenden derogirenden Gewohnheit keine Rede ſein kann.

2) — — — — — —

3) Das in der Widerklage geſtellte Begehren, daß Kläger als Widerbeklagter ſchuldig erklärt werde, nach Frankfurt zurückzukehren, und unter Erwerbung des dortigen Bürgerrechtes die eingegangene Societät unter gewiſſenhafter Erfüllung der übernommenen Vertragspflichten bis zum vertragsmäßigen Ablaufe derſelben fortzuſetzen, ſtellt ſich als unſtatthaft dar, weil der Kläger nirgends die Verpflichtung auf ſich genommen hat, das Bürgerrecht der Stadt Frankfurt zu erwerben, vielmehr der ſchon früher erwähnte § 11 des Geſellſchaftsvertrages vom 14. Auguſt 1850 dieſe Erwerbung nur als eine Eventualität vorausſetzt, mit welcher, wenn ſie eintritt, für den Kläger (Widergeklagten) gewiſſe Rechte verknüpft ſein ſollen, indem es dort ausdrücklich heißt: „Wird ſich jedoch letzterer (d. i. Herr R.) als Handelsmann das hieſige Bürgerrecht erwerben, ſo hat er auch von dem Augenblicke dieſes Erwerbes an das Recht der Zeichnung.

9) Nicht das Gleiche kann jedoch in Anſehung des zweiten in der Widerklage geſtellten Begehrens auf Übernahme der dem Hauſe Gewann — Nr. — einverleibten Hypothekenpoſten per fl. 20,000 als Selbſtſchuldner und auf Zahlung von fl. 5000 als der Hälfte der noch aushaftenden Baukoſten gegen Einräumung des Miteigenthums der gedachten Realität an den Kläger (als Widergeklagten) entſchieden werden. Denn der Geklagte (Widerkläger) behauptet, daß der Ankauf der mehrerwähnten Liegenſchaft und die bauliche Herſtellung derſelben für gemeinſchaftliche Rechnung des Klägers und des Beklagten nicht auf Grundlage des als nichtig erkannten Geſellſchaftsvertrages vom 14. Auguſt 1850, ſondern auf Grundlage eines beſondern, nachträglich zwiſchen beiden Theilen abgeſchloſſenen Übereinkommens erfolgt ſei. Wäre dieſes der Fall, ſo würde ſich die Abweiſung des Widerklägers in dieſem Punkte nicht als gerechtfertigt darſtellen, zumal jene Beſtimmungen der Frankfurter Geſetze, welche dem Ausländer auch den Erwerb von Liegenſchaften daſelbſt unterſagen, durch die deutſche Bundesacte ſchon vorlängſt außer Kraft geſetzt worden ſind.

Da nun der Widerbeklagte die eben angeführte Behauptung des Widerklägers, die ſich dem Geſagten zu Folge als eine relevante herausſtellt, widerſprochen hat, ſo muß Widerkläger durch Zwiſchenerkenntniß zur Führung des Beweiſes über die im Urtheile aufgeſtellten Beweisſätze zugelaſſen werden.

10) Da ſchließlich erſt das Endurtheil zeigen wird, in wieweit die Entſcheidung zu Gunſten des einen oder des anderen Theiles lauten werde, mußte der Ausſpruch über die Gerichtskoſten bis dahin ausgeſetzt bleiben.

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts

vom 18. Mai 1854.

Auf beiderſeitige Appellation.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten beider Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. Auguſt vorigen Jahres

und des Stadtgerichts vom 6. October 1852, wie hiemit geſchieht, aufzuheben und Beklagter unter Verwerfung der von ihm erhobenen Widerklage, zu verurtheilen ſei, dem Kläger die Summe von fl. 23,882. 30 kr. nebſt Zinſen zu 5 pCt. ſeit dem 14. Februar 1852 und ſämmtliche in erſter Inſtanz aufgelaufene Koſten zu bezahlen.

Die Koſten voriger Inſtanz werden durchgängig, die der gegenwärtigen zu zwei Drittheilen verglichen, wogegen Beklagter ein Drittheil derſelben allein zu tragen hat;

und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Beſchwerde des Beklagten in gegenwärtiger Inſtanz iſt darauf gerichtet, daß die in dem vorigen Erkenntniſſe ausgeſprochene Verurtheilung in der Hauptſache nebſt Zinſen aufgehoben und Beklagter angehalten werde, nach Frankfurt zurückzukehren, das daſige Bürgerrecht zu erwerben, die Societät bis zum vertragsmäßigen Ablauf fortzuſetzen und die Koſten zu erſtatten. Allein dieſe ſämmtlichen Anträge fallen damit, daß der unter den Parteien am 14. Auguſt 1850 abgeſchloſſene Geſellſchaftsvertrag als nichtig angeſehen werden muß Denn die Beiſaſſen-Ordnung vom 5. Juni 1708 ſpricht im § 1 wider Fremde das Verbot aus, weder einige beſondere Handlung für ſich zu treiben, noch an anderer Bürger- und Beiſaſſen-Handlung einigen Antheil zu nehmen. Dieſe Beſtimmung, welche durch kein neueres Geſetz aufgehoben worden iſt

vergl. Geſetz vom 9. Januar 1838

beſteht noch gegenwärtig, indem durch die Grundrechte des deutſchen Volkes hieran, wie in den Gründen zum vorigen Urtheil ausgeführt ward, nichts geändert iſt, in voller Kraft, wie das Ober-Appellationsgericht bereits früher

Csa. Francof. Peters ca. Herrmann, 1841 *)

---

*) Siehe Seite 228.

ausgesprochen hat, und zwar, wie das Ober-Appellationsgericht in Betreff des § 12 der Verordnung

Csa. Francof. Almsen ca. Kaiser'sche Debitmasse, 1852 *)

erkannt hat, was aber auch in Bezug auf § 1 gilt, mit der Wirkung, daß ein Zuwiderhandeln wider die Verordnung die Nichtigkeit des dahin abzweckenden Vertrags zur Folge hat. Wider die Nichtigkeit eines Vertrages auf Grund des Gesetzes kommt es nicht in Betracht, wenn der Partei, welche sich auf solche beruft, nachgewiesen werden könnte, daß sie das Gesetz vor Abschluß des Vertrages gekannt habe; und ebenso wenig erscheint dasselbe in dem vorliegenden Falle dadurch beseitigt, daß der Kläger sich verpflichtet hätte, das Bürgerrecht zu Frankfurt zu erwerben, da in dem hiefür angezogenen § 11 des Vertrages eine derartige Verpflichtung nicht enthalten ist. Alles kommt mithin darauf an, ob dessen Inhalt unter die Vorschrift des Gesetzes fällt. Wenn nun nach den Eingangsworten des letzteren, dessen Absicht dahin geht, allgemein zu verhüten, daß nicht die bürgerliche Nahrung in Frankfurt von Fremden zum Nachtheil der Bürger an sich gerissen werde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der vorliegende Gesellschaftsvertrag, dessen Zweck dahin geht, einen Fremden an dem Genuß eines umfangreichen (Fabrik-) Geschäfts Theil nehmen zu lassen, unter das Verbot des Gesetzes fällt. Wollte man dagegen einwenden, daß R. nach § 11 des Vertrages bis zum Erwerb des Bürgerrechts in Frankfurt nur stiller Gesellschafter habe sein sollen, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die bei

Bender, Handb. des Frankf. Privatrechts. S. 681.

vorgetragene und durch keinerlei Autorität unterstützte Ansicht, nach welcher die Vorschrift der Beisassen-Ordnung für stille Gesellschafter nicht maßgebend sein soll, den Worten, wie der Absicht des Gesetzes entspreche. Denn eine stille Gesellschaft, nach dem Begriff, welchen

Reform. II. 23. § 12 verbis: „doch sonst mit demselben Handel nichts zu thun haben wöllen" und dazu

*) Siehe Seite 229.

Souchay, Anmerkungen, Theil I. S. 502.

aufſtellt, liegt in dem vorliegenden Fall, in welchem R. an der Geſammtheit der zum Betrieb des Geſchäftes erforderlichen Handlungen, in gleicher Weiſe wie K. Antheil haben ſoll, offenbar nicht vor, ſo daß der im § 11 vorkommende Ausdruck „ſtiller Geſellſchafter" mit der wahren Abſicht der Contrahenten offenſichtlich nicht im Einklang ſteht. — Dem Vorſtehenden zufolge iſt Kläger berechtigt, ſeine in die Handlung gemachten Einſchüſſe zum Betrag von fl. 23,882. 30 kr. von dem Beklagten zu condiciren, und es fragt ſich daher nur, ob, wie in den vorigen Urtheilen angenommen iſt, ihn die Verpflichtung trifft, ſich von beſagter Summe fl. 3400 kürzen zu laſſen. Hiegegen iſt die

erſte Beſchwerde des Klägers in gegenwärtiger und voriger Inſtanz gerichtet. Dieſelbe mußte für begründet erachtet werden. Denn der durch eine unerlaubte Gemeinſchaft während ihrer Dauer erzielte Gewinn muß, wie das Ober-Appellationsgericht bereits in obenerwähnter Sache

Peters ca. Herrmann *)

ausgeſprochen hat, unter den Geſellſchaftern, von welchen der Inhaber des Gewinnes (da ſolcher) ebenſo rechtswidrig wie ſein Gegner gehandelt hat, und ſich mithin auf deſſen Koſten nicht bereichern darf

arg. l. 3. pr. D. de colleg. 47. 22.

getheilt werden, und zwar im Zweifel nach Kopftheilen, inſofern nicht die Geſellſchafter über einen anderen Theilungsmaaßſtab einig oder die Größe des Gewinnantheils unbeſtritten unter ihnen ſein ſollte. Dieſer letzte Fall liegt hier vor. Denn der Beklagte hat in ſeiner Vernehmlaſſung nicht nur zugeſtanden, daß Kläger circa fl. 3400 aus dem Geſchäft entnommen habe, und muß wegen Nichtbeantwortung auch für geſtändig erachtet werden, daß dieſes Entnehmen auf den Gewinnantheil geſchehen ſei, ſondern er iſt auch geſtändig, daß fl. 3400 das Minimum des in das Jahr 1850 bis 1851 fallenden Geſellſchafts-Vertragsantheils ſeien.

*) Siehe Seite 232.

Daher erklärt es ſich auch, daß der Beklagte in voriger wie in gegenwärtiger Inſtanz die Behauptung ſeines Gegners, es ſei über den Betrag des Gewinnantheils unter den Parteien kein Streit, unbeantwortet gelaſſen hat. Ein größerer Gewinnantheil nach Maßgabe der in der Klageſchrift geſtellten Bitte kann dem Kläger nicht zu Theil werden, da ſolcher ſich nicht darüber beſchwert hat, daß dieſer Bitte nicht entſprochen ſei, ſondern nur über den in den vorigen Urtheilen erkannten Abzug von fl. 3400.

Die dritte Beſchwerde des Klägers in gegenwärtiger Inſtanz betrifft den in dem zweiten Urtheil dem Widerkläger auferlegten Beweis des Übereinkommens in Betreff des Erwerbs des Grundſtücks Gew. — Nr. — ꝛc. Da indeſſen der Widerkläger ſowohl bei Begründung ſeiner Einrede der Retention wie ſeiner Widerklage ausdrücklich hervorgehoben hat, daß gedachter Vertrag für Rechnung der Societät geſchloſſen ſei und Kläger als Geſellſchafter ſeine Einwilligung gegeben habe, ſo ergibt ſich aus l. 5. C. de legibus l. 14. verbis:

„Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus,"

daß mit dem Wegfall der weſentlichen Vorausſetzung dieſes Geſchäftes, nämlich dem Beſtande des Societätsvertrages, auch die Wirkungen von jenem für den Kläger beſeitigt ſind. Es mußte daher gedachter Beweis wieder aufgehoben und mithin auch

zur zweiten Beſchwerde des Klägers in gegenwärtiger Inſtanz, da die Widerklage verworfen und im Weſentlichen der Klagbitte gemäß erkannt werden mußte, in Betreff der Koſten erſter Inſtanz ſtatt der anerkannten Verurtheilung in $^5/_6$ derſelben, eine vollſtändige ausgeſprochen werden.

In Anſehung der in voriger Inſtanz erwachſenen Koſten, über welche im vorigen Urtheil die Entſcheidung ausgeſetzt iſt, und in Betreff welcher der Kläger mittelſt ſeiner vierten Beſchwerde jetziger Inſtanz ebenfalls eine Verurtheilung beantragt hat, war ſtatt ſolcher deren Vergleichung auszuſprechen. Denn in Folge der Beſchwerden des Klägers hätte, wie gegenwärtig erkannt worden iſt, das erſte Erkenntniß abgeändert werden müſſen und

auf Grund der Beschwerden des Beklagten ist, wiewohl ohne Grund, eine theilweise Abänderung des ersten Erkenntnisses wirklich erfolgt, die Kostenvergleichung mithin eine Folge des Wechsels der Erkenntnisse.

Anlangend dagegen die Kosten der gegenwärtigen Instanz, so waren dieselben, da auf Grund der Beschwerden des Klägers ein abänderndes Urtheil erfolgen mußte, die Beschwerde des Beklagten dagegen sich als verwerflich dargestellt hat, in Beihalt des Umfangs der durch die beklagtische Appellation erwachsenen Kosten, zu zwei Drittheilen zu vergleichen, ein Drittheil derselben dagegen dem Beklagten allein zur Last zu legen.

Auszug aus den S. 224, 225 und 226 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

a. Peters ca. Herrmann 1841.

Die fünfte Beschwerde geht im Wesentlichen dahin, daß der am 22. März 1831 zwischen dem Kläger und dem erst verstorbenen Bruder des Beklagten, Otto Wilhelm Adalbert Peters, abgeschlossene Societätsvertrag beachtet, und nicht vielmehr als gesetzlich reprobirt sogleich verworfen worden sei — und es stützt sich dieselbe wesentlich darauf, daß der Kläger ein Fremder sei, mithin nach dem ausdrücklichen Verbote der Beisassen-Ordnung vom 5. Juni 1708 (renovirt am 7. Juni 1735)

Beyerbach's Sammlung Frankf. Gesetze. Thl. IV. Nr. 1.

sich bei den Geschäften der Frankfurter Bürger nicht betheiligen dürfe.

In der That lautet nun der § 1 dieser Beisassen-Ordnung ganz entschieden dahin:

1. „Wird allen Fremden und Ausländischen, sie mögen nun in Privat- oder Wirthshäusern sich aufhalten, oder bei hiesigen Bürgern und Beisassen in Diensten stehen, obgleich ihre Eltern viele Jahre als Beisassen hier gewohnt einige besondere Handlung für sich zu treiben, oder an anderer Bürger- und Beisassen-Handlung einigen Antheil zu nehmen hiemit ausdrücklich verboten,“

und es muß auch namentlich nach den Schriftſtellern über das Frankfurtiſche Recht:

Orth, erſte Forſ. Seite 506.

von Adlerflycht, Frankfurter Privatrecht. Theil III. § 496 a. E.

Bender, Frankfurter Privatrecht. § 115 unter a und b.

als eine ausgemachte Sache angeſehen werden, daß dieſes Verbot im Ganzen auch jetzt noch in voller Kraft beſteht, wie denn dieſer Punkt ſelbſt vom Kläger gar nicht beſtritten wird.

b. Almſen ca. Kayſer 1852.

Da einerſeits die Rathsverordnung vom 5. Juni 1708,

vergl. Beyerbach, Sammlung, Thl. IV. Seite 651 flg.

nicht etwa bloß, wie Appellant zu meinen ſcheint, das Herleihen des bürgerlichen Namens an Fremde zum Behuf eines Geſchäftsbetriebs, ſondern letzteren ſelbſt den Fremden nach § 1 und 12 ganz unbedingt bei Strafe verbietet, und nur in § 9 die Verdeckung einer ſolchen unerlaubten Geſchäftsführung auf obigem Wege noch beſonders unterſagt und mit Strafe bedroht, da andererſeits der zwiſchen Klägern und dem Cridare Kayſer geſchloſſene Vertrag vom 16. Januar 1848, nach deſſen Faſſung wie nach den eigenen Angaben des Klägers nur zum Schein geſchloſſen und weſentlich darauf berechnet war, dem in Frankfurt nicht verbürgerten Kayſer den ihm deßhalb außerhalb der Meſſen verbotenen Betrieb eines Waarengeſchäfts gegen eine Zahlung von fl. 400 jährlich möglich zu machen und demſelben hierzu Beihülfe namentlich dadurch zu verſchaffen, daß auf Klägers Namen und als deſſen anſcheinender Procuriſt zu handeln Kayſer ermächtigt wurde, ſo iſt es klar, daß das ganze Abkommen, weil auf Begehung und Beförderung einer unter Strafe verbotenen Handlung, ſonach eines Delicts beiderſeits gerichtet, als ein pactum rei illicitae et turpis zu behandeln ſei. Nun aber iſt das Prinzip, von welchem die Sententia a qua ausgeht, daß ein geſetzlichem Strafverbote widerſtreitendes Geſchäft oder Abkommen auch immer und ohne Weiteres für null und nichtig zu erachten

ſei, nicht bloß als durchaus richtig und in den Geſetzen begründet anzuerkennen, ſondern es kann auch dieſe Nichtigkeit keineswegs dahin beſchränkt werden, daß etwa bloß auf Realiſirung des Geſchäfts im Ganzen oder auf Erfüllung der direkt dem Einen von dem Anderen zugeſagten Leiſtungen ein Klageanſpruch nicht gegeben werde, vielmehr hat dieſe Nichtigkeit die Folge, daß alle in Anlaß jenes verbotenen Geſchäfts zwiſchen den Betheiligten erwachſene Beziehungen, weil auf geſetzwidrigem Grunde beruhend und dem eigentlichen Verbot connex, jeder rechtlichen Wirkung entbehren, und zu Gunſten des einen Theils ſo wenig als des anderen ſich richterlichen Schutzes und Anerkenntniſſes zu erfreuen haben ſollen. Klar und unumwunden iſt dieß zwar in den Geſetzen nur in Betreff des mandatum rei turpis ausgeſprochen, indem nach

L. 6. § 3 und L. 22. § 6. Dig. Mandati (17. 1)

aus ſolchem weder die directa noch die contraria mandati actio gegeben werden ſoll, und in

§ 7. Inst. de mandato (3. 26)

noch ausdrücklich erklärt iſt, daß auch wegen des aus Vollziehung eines ſolchen Mandats erwachſenen Schadens kein klagbarer Erſatzanſpruch erwachſe. Es liegt aber weder in der Natur der Sache noch in Faſſung obiger Geſetze irgend ein Grund vor, dieſe Beſtimmungen als ein dem mandatum rei turpis ſinguläres Recht zu behandeln, vielmehr wird man hierin einen allgemeinen Grundſatz um ſo mehr ausgeſprochen finden dürfen, als bezüglich einer Societät zu geſetzwidrigen Zwecken in der

L. 57. Dig. pro socio (17. 2)

gleichfalls das Princip völliger Nullität anerkannt iſt, und in der

L. 35. § 2. Dig. de contrah. emt. (18. 1)

das Bedenken angeregt und nicht ſchlechthin verworfen wird, ob nicht nach Maßgabe deſſen, was vom mandatum und bei der societas rei illicitae gelte, auch der Kauf einer bloß zu geſetzwidrigen Zwecken dienlichen Sache als wirkungslos zu behandeln ſei.

— — — — — —

Dabei iſt es denn auch

1) keineswegs, wie Kläger vermeint, von irgend welcher

Erheblichkeit, daß der Beklagte nur wider die jetzt aufgegebene Honorarforderung des Klägers, nicht aber gegen die noch in Frage ſtehenden Liquidationspoſten ſich excipiendo auf das Verbot der Verordnung von 1708 berufen hatte, weil es ſchon nach allgemeinen Rechtsprincipien unzweifelhaft, und für einen Fall der vorliegenden Art ſogar ausdrücklich in

L. 27. pr. Dig. de V. O. (45. 1)

anerkannt iſt, daß der Richter ex officio zu prüfen habe, ob die angeſtellte Klage nach den Geſetzen ſtatthaft ſei, auch die hier wegen Nichtigkeit vom Appellationsgerichte erkannte Abweiſung des Klägers weder über die Anträge des Beklagten hinausging, noch auf andere, als die von dem Kläger ſelbſt vorgebrachten factiſchen Momente geſtützt worden iſt.

Ebenſo wenig kann

2) der im jetzigen Libell vom Kläger gemachte Verſuch Beſtimmung finden, die Zuläſſigkeit ſeiner Liquidationen damit zu ſalviren, theils daß ſein Anſpruch auf Zahlung resp. Deckung ſchon ex re, wie er ſich ausdrückt, und in den Grundſätzen über unrechtmäßige Bereicherung mit fremdem Schaden, alſo auch abgeſehen von jenem Abkommen mit Kayſer begründet ſei, theils daß durch die Ungiltigkeit des letzteren doch nicht die Auseinanderſetzung unter den Contrahenten gehindert werden könne, vielmehr ſolche, wie im Falle einer wirklichen, aber verbotenen Societät ganz klar ſei, gerade um jener Nichtigkeit willen nothwendig werde. Denn die utilis de in rem verso actio, an welche zweifelsohne bei erſterer Bemerkung gedacht iſt, muß auf den in

L. 7. § 1. Cod. quod cum eo qui in al. potest (4. 26)

ſpeciell gedachten, hier gar nicht zutreffenden Fall beſchränkt werden, daß Jemand als Geſchäftsführer eines Dritten oder doch für deſſen Rechnung in eigenem Namen mit einem Anderen contrahirte, und das von Letzterem auf Grund dieſes Contracts Geleiſtete in das Vermögen jenes Dritten gekommen iſt. Von Auseinanderſetzung aber einer zwiſchen Klägern und Kayſer beſtandenen Vermögensgemeinſchaft handelt es ſich vorliegenden Falls vollends nicht, ſondern, da eine Societät zwiſchen Beiden in Betreff des Waarengeſchäfts weder beſtanden hat noch beſtehen

ſollte und konnte, lediglich um Anſprüche, welche Kläger für ſeine Perſon gegen Kayſer und an deſſen Vermögen erheben zu können glaubt, und bedarf es daher kaum der Bemerkung, daß jene Auseinanderſetzung immer erſt nach Regulirung der Schuldverhältniſſe Kayſer's, und wenn ſich dann noch ein gemeinſchaftliches Vermögen ergeben ſollte, eintreten, auch nur mittelſt der actio comm. dividundo

vergl. L. 3. pr. Dig. de colleg. et corpor. (47. 22)

bewirkt werden könnte.

c. Peters ca. Herrmann 1841.

Für den Fall indeſſen, daß dieſer Beweis nicht von dem Kläger erbracht werden könnte, würde doch die Ungiltigkeit des Societäts-Contractes keineswegs die Folge haben, daß die bis zum 8. September 1832 factiſch beſtandene Gemeinſchaft zwiſchen dem Kläger und dem Bruder resp. der Schwägerin des Beklagten rechtlich ganz und gar nicht beachtet werden durfte, ſondern es würde daraus nur die Befugniß des Beklagten hervorgehen, jene Gemeinſchaft ſchon vor Ablauf der contractlich feſtgeſtellten Friſten einſeitig wieder aufzuheben, ohne daß darum der Kläger für die frühere Zeit gänzlich rechtlos werden dürfte. Denn die Autoren des Beklagten, in deren Rechte dieſer Letztere lediglich eingetreten iſt, würden, indem ſie die geſetzlich verbotene Societät mit dem Kläger eingingen, ebenſowohl rechtswidrig gehandelt haben, als der Kläger, und dürften ſich dennoch durch dieſe rechtswidrige Handlung nicht bereichern.

Demnach müßte dem Kläger auch dem jetzigen Beklagten gegenüber nach der hier völlig zu treffenden Analogie der

L. 3. pr. D. de Collegiis et Corporib. (47. 22.)

immer noch die Befugniß bleiben, die vorhandenen Activa der Societät mit Letzteren zu theilen, und wollte man hierbei bezweifeln, ob dieſe Theilung ſich noch nach den Beſtimmungen des ungiltigen Contractes richten dürfe oder vielmehr ſchlechthin auf einfache Kopftheile, alſo auf gleiche Hälfte zu reduciren ſei, ſo müßte doch in dem vorliegenden Falle ſchon der Umſtand für das Erſtere

entſcheiden, daß die zweite Theilungsart dem Kläger vortheilhafter ſein würde, als der Contract, welchem derſelbe ſich mithin hier nur zu ſeinem eigenen Nachtheile unterworfen hätte. Gleicherweiſe kann dabei auch der Umſtand keinen erheblichen Anſtand erregen, daß dem Kläger durch die von ihm verlangte, und den ſpeciellen Beſtimmungen des Societäts-Contracts ebenſowohl als den allgemeinen Rechtsgrundſätzen entſprechende Art der Auseinanderſetzung ein Theil der Kundſchaft in natura zufallen ſoll, was auf eine abermalige Verletzung des Verbots der Beiſaſſen-Ordnung hinauszugehen ſcheint. Denn theils läßt es ſich denken, daß der Kläger ſich inzwiſchen durch Gewinnung des Bürgerrechts zur rechtmäßigen Benutzung dieſer Kundſchaft gehörig qualificiren könnte, theils dürfte ihm nicht verwehrt werden, ſich in der Nähe von Frankfurt niederzulaſſen, um von dort aus dieſe Kundſchaft zu beſorgen, theils könnte er dieſelbe auf einen Frankfurter weiter übertragen, wie ja auf ähnliche Weiſe auch häufig einer zum Grundeigenthum nicht befähigten Perſon unverwehrt bleibt, ein ihr angefallenes Grundſtück in beſtimmter Friſt wieder an einen anderen zu veräußern.

23.

Margaretha Rapp, verwittwete Dauth, geb. Fliedner und **Joh. Conr. Fliedner,** Kläger und Widerbeklagte, wider **Corn. Phil. Breckheimer und Consorten,** Beklagte, wegen Ausantwortung des Pflichttheils und Rückforderung gezahlter Gelder.

Vorbemerkung.

Phil. Breckheimer und dessen Ehefrau, vorher verehelicht gewesene Fliedner, hatten im Jahr 1823 ein gemeinsames Testament errichtet, worin Letztere die aus der Fliedner'schen Ehe stammenden drei Kinder und die sechs Kinder zweiter Ehe, die Erstgenannten jedoch unter Beschränkung auf den Pflichttheil, zu Erben einsetzte und weiter verfügte, daß der überlebende Ehegatte in ungestörtem Besitze und Genusse des ganzen Nachlasses bleiben, auch zu keiner Rechenschaft über denselben verbunden sein solle. Nach dem im Jahr 1827 erfolgten Tode der Ehefrau Breckheimer, hatten deren Kinder erster Ehe mit ihrem Stiefvater, dem überlebenden Breckheimer, einen Vertrag geschlossen, worin sie das von diesem und ihrer Mutter errichtete Testament anerkannten und, da nach einer ihnen vorgelegten Vermögensübersicht sich keine Errungenschaft zweiter Ehe ergab und der eigene Nachlaß ihrer Mutter nur geringfügig war, gegen eine Abfindung von je fl. 75 anstatt des ihnen gebührenden Pflichttheils von dem mütterlichen Vermögen, auf alle An- und Nachforderungen aus dem mütterlichen Nachlasse verzichteten.

Nachdem nun auch im Jahr 1851 Phil. Breckheimer im Wittwerstande verstorben war, widersetzten sich gleichwohl die Fliedner'schen Kinder der Auslieferung des Nachlasses an die Breckheimer'schen Kinder und Erben und erhoben, von diesen zur Geltendmachung ihrer Erbansprüche provocirt, die gegenwärtige

Klage, worin sie auf Grund der Behauptung, daß das von ihrem Stiefvater hinterlassene Vermögen in dessen Ehe mit ihrer Mutter errungen sei, den Pflichttheil aus der mütterlichen Hälfte der Errungenschaft mit je $^1/_{36}$ der ganzen Errungenschaft in Anspruch nehmen.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 23. Februar 1853.

In Erwägung, daß

1) — — — — — —

5) Die von dem beklagten Theil vorgeschützte Einrede der Befriedigung und des Vergleichs durch die von einem Notar ohne Hinzuziehung von Zeugen beglaubigte Urkunde nicht sofort erwiesen wird, und

6) Kläger eventuell die Replik der Täuschung und der Verletzung über die Hälfte einwenden,

8) beide Theile darüber einverstanden sind, daß Phil. Breckheimer fl. 4100. 33 kr. in die Ehe inferirt habe, daß der Erlös aus den Mobilien ad fl. 591. 1 kr., das vorhandene Gold und Silber und die Zinsen bis zum Todestag des Phil. Breckheimer nicht zu dem, während der Breckheimer'schen Ehe errungenen Vermögen gehören,

9) kein Grund vorliegt, weßhalb dasjenige Capital, von welchem Kläger geständigermaßen mit je fl. 75 ihren Antheil erhalten haben, nicht zur Errungenschaft gerechnet werde. Kläger jedoch das bereits Empfangene zu conferiren haben,

10) Kläger in Abrede stellen, daß die Breckheimer'schen Kinder an den väterlichen Nachlaß die Summe von fl. 10,833. 20 kr. als deren eigenes Vermögen zu fordern haben,

11) Kläger und Widerbeklagte, welche nicht in Abrede stellen, daß Philipp Breckheimer an den Curator des abwesenden Conrad Friedrich Fliedner fl. 151. 42 kr. bezahlt habe, zur Rückerstattung dieses Betrags verbunden wären, wenn der erste Ehemann der Wittwe Rapp und Johann Conrad Fliedner die von widerklägerischem Theil behauptete Bürgschaft übernommen

hätten und bei dem beßfallsigen Übereinkommen eine Täuschung oder Verletzung über die Hälfte nicht Statt gefunden hätte,

wird zu Recht erkannt:

I. Kläger sind schuldig, den Beklagten Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten.

— — — — — —

II. Haben vorbehältlich des Gegenbeweises binnen vierzehn Tagen zu beweisen,

A. die Beklagten und Widerkläger,

a) daß Philipp Breckheimer den in [7] act. enthaltenen Vertrag mit den Klägern und Widerbeklagten abgeschlossen habe,

b) daß sie und resp. ihre Erblasser den Betrag von fl. 10,833, 20 kr. als ihnen von dritten Personen überkommenes eigenes Vermögen an den Philipp Breckheimer resp. dessen Nachlaß zu fordern haben,

B. Kläger und Widerbeklagte entweder

a) daß sie — und resp. Johann Daniel Dauth — zum Abschluß des Vertrags [7] act. durch falsche Angaben des Philipp Breckheimer über das von seiner Ehefrau hinterlassene Vermögen verleitet worden seien,

oder

b) daß sie durch diesen Vertrag über die Hälfte verletzt worden seien.

III. — — — — — —

Aus dem **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 25. April 1853.

Auf Appellation der Beklagten.

Die erste Beschwerde ist ungegründet.

— — — — — —

Dahingegen ist die dritte und die damit in Verbindung stehende eventuelle vierte Beschwerde gegründet.

Beklagte behaupten, der verstorbene Philipp Breckheimer habe am 14. Mai 1828 mit den aus der Fliedner'schen Ehe

entſproſſenen Kindern, von denen zwei die dermaligen Kläger ſind — einen Vergleich abgeſchloſſen, wodurch dieſe für ihre ſämmtliche Anſprüche an den Nachlaß ihrer Mutter abgefunden ſeien. Abſchrift dieſes Vergleichs iſt mit der Provocationsſchrift producirt.

Wenn in dem ſtadtgerichtlichen Interlocut vom 23. Februar 1853 sub II. A. a. den Beklagten der Beweis auferlegt wird

„daß Philipp Breckheimer den in [7] act. enthaltenen Vertrag mit den Klägern abgeſchloſſen habe,"

ſo erſcheinen Appellanten durch dieſe Beweisauflage beſchwert, indem die Exiſtenz und der Inhalt dieſes Vertrags oder Vergleichs von den Klägern nicht allein implicite dadurch zugegeben wird, daß ſie ſelbſt behaupten, daß jeder der Kläger bereits fl. 75 erhalten habe, welche dieſelben nur in Gemäßheit des Vertrags erhalten haben können, ſondern auch dadurch, daß ſie behaupten, durch denſelben verletzt zu ſeyn, die Exiſtenz und den Inhalt des Vergleichs zugeſtehen, ja ſogar die in der Urkunde gebrauchten Worte:

„Herr Philipp Breckheimer auch eine Vermögensüberſicht vorgelegt hat, woraus die Überzeugung hervorgeht, daß in letzter Ehe nichts errungen worden ſei,"

zum Beweis ihrer Behauptung, daß bei dieſer Gelegenheit ein dolus von Seiten Breckheimer's untergelaufen ſei, anführen.

Bei dieſem Zugeſtändniß der Kläger bedarf es keines Beweiſes der Exiſtenz dieſes Vergleichs.

Auch die fünfte Beſchwerde iſt gegründet. Der von den Beklagten reconveniendo geforderte Betrag von fl. 151. 42 kr. rührt davon her, daß der verſtorbene erſte Ehemann der Mitklägerin Rapp und der Mitkläger Fliedner im Jahr 1828 für ihren abweſenden Bruder in Gemäßheit des oben angeführten Vergleichs fl. 75 erhalten haben, um ſolchen für ihren abweſenden Bruder bei der Sparkaſſe anzulegen. Dieſen Vergleich hat der im Jahr 1851 für den abweſenden Johann Conrad Fliedner beſtellte Curator Herr Dr. Rumpf nicht genehmigt, iſt jedoch dem Vergleich ſpäter dahin beigetreten, daß ihm das Capital von fl. 75 von Ende des Jahres 1827 an bis zum Ende des

Jahres 1851 nebſt Zinſen und Zwiſchenzinſen ausbezahlt werde, welches auch von den Beklagten geſchehen iſt. Kläger haben ſonach das Capital ad fl. 75 für ihren abweſenden Bruder erhalten und müſſen ſolches, da der Curator des Abweſenden dieſes Capital mit Zinſen und Zwiſchenzinſen abermals erhalten hat, ſolches nebſt Zinſen und Zwiſchenzinſen um ſo mehr erſtatten, als ſie in dem Vertrag die Verpflichtung übernommen haben, die erhaltenen fl. 75 bei der Sparkaſſe anzulegen.

— — — — — —

Aus den angeführten Gründen wird das ſtadtgerichtliche Interlocut vom 23. Februar 1853 dahin resp. abgeändert und beſtätigt, daß

a) Beklagte mit dem ihnen sub II. A. a. auferlegten Beweis,

„daß Philipp Breckheimer den in [7] actor. enthaltenen Vertrag mit dem Kläger abgeſchloſſen habe,"

zu verſchonen ſeien.

b) Kläger den Beklagten den Betrag von fl. 151. 42 kr. zu reſtituiren haben,

in allen übrigen Punkten aber beſtätigt.

Die in gegenwärtiger Inſtanz erwachſenen Koſten werden gegen einander aufgehoben.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. Mai 1854.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem den Appellanten die gegen die Verſäumung der Einführungsfriſt nachgeſuchte Reſtitution ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, und in der Sache ſelbſt die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. April und des Stadtgerichts vom 23. Februar vorigen Jahrs, im Übrigen, wie hiemit geſchieht, zu beſtätigen, jedoch dahin abzuändern ſeien, daß Widerbeklagte

den Betrag von fl. 151. 42 kr. mit jährlich Fünf vom Hundert seit dem 29. October 1852 zu verzinsen haben.

Von den Kosten gegenwärtiger Instanz sind Appellanten verbunden $^5/_6$ allein zu tragen, wogegen $^1/_6$ derselben verglichen und nunmehr die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen wird.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten verlangen mittelst ihrer ersten Beschwerde in gegenwärtiger und voriger Instanz, daß die erhobene Klage angebrachtermaaßen abgewiesen werde; und machen in dieser Beziehung

1) den Mangel der Passivlegitimation geltend, welcher darin enthalten sein soll, daß die Person der Beklagten in der Klagschrift nur in den Worten der Rubrik „Philipp Breckheimer'sche Erben in actis benannt" bezeichnet werde. Man hat jedoch mit den vorigen Richtern anzunehmen, daß diese Bezeichnung in Beihalt des Inhalts der Klage dem Anwalt der Beklagten, dessen Ausführungen in der Provocationsklage den Klägern mitgetheilt waren und von solchen als Theil der Acten betrachtet werden durften, ausreichend klar gewesen sei. Jedenfalls aber wurde diesem Mangel durch die nachträgliche Benennung der Beklagten in der Replikenschrift, worin keineswegs eine Klagveränderung, sondern nur eine Klagbesserung zu finden ist, in genügender Weise abgeholfen. Ebenso wenig läßt sich

2) mit den Beklagten darin ein Mangel der Klagschrift erblicken, daß aus solcher nicht klar hervorgehe, ob Kläger eine Schuld-, eine Erbschafts- oder eine Erbsonderungsklage anzustellen beabsichtigt hätten. Die auf letztere gerichtete Absicht der Kläger ergibt sich jedoch hinlänglich aus der Angabe der verwandtschaftlichen Verhältnisse zwischen ihnen und Beklagten in Verbindung mit der Behauptung, die gesammte Verlassenschaft des Philipp Breckheimer sei in der Ehe mit der Mutter der Parteien errungen worden. Daß nämlich die Parteien insgesammt unmittelbar oder mittelbar Testamentserben ihrer Mutter geworden sind, steht

feſt, und es handelt ſich alſo nur um die Frage nach dem Betrag dieſer mütterlichen Verlaſſenſchaft, in Bezug auf welchen von den Klägern die eben erwähnte Behauptung aufgeſtellt wird. Sodann ſind

3) die Kläger völlig in ihrem Rechte, wenn ſie in der Klagſchrift den am 14. Mai 1828 abgeſchloſſenen Vergleich nicht erwähnt und ihre Einwendungen dawider nicht ſofort vorgebracht haben, da letztere Repliken wider eine Einrede des Vergleichs ſind, deren Vorſchützen die Kläger abzuwarten berechtigt waren. Es liegt alſo darin nichts weniger, als eine den Klägern beizumeſſende Argliſt, und noch weniger kann um deßwillen von einer Abweiſung derſelben, wie beantragt wird, die Rede ſein. Endlich wird man zwar

4) den Beklagten zugeſtehen müſſen, daß weder die in der Klagſchrift erſichtliche Bitte einer an den Theilungsbeiſtand zu richtenden Auflage, noch die in der Replik vorgetragene Verbeſſerung derſelben, inſofern ſie auf Anerkennung des Erbrechts der Kläger gerichtet iſt, das bei einer Erbſonderungsklage übliche Geſuch enthalten. Allein die auf ſolche Erbſonderungsklage gerichtete Abſicht ging ſchon aus dem Klaggeſuch unzweideutig hervor, war überdieß in der Replikenſchrift nachgeholt, und hatte mithin der Richter, ſobald, wie hier zu befinden, in Betreff der Abſicht der Parteien über die anzuſtellende Klage kein Zweifel obwalten kann, das richtige Geſuch von Amtswegen zu ergänzen.

Sind hienach dieſe Ausſtellungen der Beklagten im Einzelnen unbegründet, ſo vermag auch deren Geſammtheit kein ihnen günſtiges Reſultat herbeizuführen.

Die Beklagten verlangen ſodann mittelſt ihrer zweiten Beſchwerde voriger und jetziger Inſtanz, daß Klägern der Beweis ihrer Behauptung, das ganze bei Philipp Breckheimer vorgefundene Vermögen, mit Ausnahme der von den Klägern als Sondergut eingeſtandenen Gegenſtände resp. Beträge, ſei während ſeiner Ehe erworben, auferlegt werde. Nun wird man zwar den Beklagten darin beitreten müſſen, daß ein ſolcher Beweis in den Acten nicht bereits vorliege; denn

1) der drei und zwanzigjährige Beſtand der Ehe wird in

Anſehung dieſes Punktes durch den vier und zwanzigjährigen Wittwerſtand aufgewogen, und es würde, inſofern man allgemeine Beweisregeln zum Grunde legt, vielmehr darauf ankommen, darzuthun, in welcher von dieſen beiden Perioden der Erwerb gemacht ſei, wofür die beigebrachten Inductionen, wie z. B. daß Breckheimer während ſeiner Ehe glücklich ſpeculirt, im Wittwerſtande jedoch kein Geſchäft geführt habe, ohne ſpeziellere Nachweiſe, nur von untergeordneter Erheblichkeit ſind. Ebenſo wenig wird ſich daher behaupten laſſen, die eine Hälfte des Vermögens ſei Errungenſchaft, die andere nicht, weil die Jahre des Ehe- und Wittwenſtandes ſich ungefähr decken. Auch darf man

2) weder aus beiläufigen Äußerungen bei Gelegenheit des Vortrags von Einreden noch aus dem Umſtande, daß Kläger bei einzelnen Poſten ihre Eigenſchaft als Sondervermögen zugeſtanden haben, nach dem Grundſatze „excipiens non fatetur" das Zugeſtändniß des Vorhandenſeins einer Errungenſchaft und zwar um ſo weniger ableiten, als

3) in der Litisconteſtation die Qualität des Vermögens als Errungenſchaft deutlich in Abrede genommen ward. Dieſe Einlaſſung iſt auch keineswegs, wie Kläger in jetziger Inſtanz behaupten, ungenügend, indem, wenn es deren Pflicht wäre, den Beweis der Errungenſchaftsqualität zu führen, den Beklagten als Erben und mithin dritten Perſonen, nach Art. 37 des J. R. A. nicht zugemuthet werden könnte, anzugeben, wie ſich die Sache anders verhalte. Auch ergibt ſich ein derartiges Zugeſtändniß keineswegs aus der Bemerkung der Beklagten, daß jedenfalls die Hälfte als Errungenſchaft anzuſehen ſei, da dieſe Bemerkung nur eventuell gemacht iſt. Endlich läßt ſich

4) aus den im Teſtament vom 12. Juli 1823 gebrauchten Äußerungen „etwaiger Errungenſchaft," weder für noch gegen die gedachte Eigenſchaft der Verlaſſenſchaft etwas ableiten und noch weniger aus den, von den Klägern in jetziger Inſtanz hervorgehobenen Momenten.

Es konnte jedoch deſſenungeachtet der Beſchwerde der Kläger nicht entſprochen werden, da angenommen werden mußte, daß das

gesammte von Philipp Breckheimer hinterlassene Vermögen, insoweit nicht dessen Eigenschaft als Sondergut behauptet ward, und, insoweit erforderlich, von den Beklagten nachgewiesen werden sollte, Errungenschaft sei. Diese Eigenschaft eines Vermögens ist nämlich in Frankfurt bei Erbauseinandersetzungen eines von Ehegatten hinterlassenen Vermögens bis zum Beweise der Sondergutsqualität jedenfalls alsdann zu vermuthen, wenn darüber, daß das Vermögen während der Ehe erworben sei, kein Streit ist. Von dieser Vermuthung — für welche sich das Ober-Appellationsgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat *) — war aber auch in dem vorliegenden Fall Anwendung zu machen. Zwar ist darüber keine rechtliche Gewißheit vorhanden, welcher Betrag des Vermögens von Breckheimer während seines Ehe-, und welcher während seines Wittwerstandes erworben worden sei. Es steht jedoch zunächst soviel fest, daß er im Jahr 1804 nur fl. 4100. 33 kr. und eine Anzahl Mobilien in die Ehe gebracht hat; wie nicht minder, daß der Betrag des Vermögens, welches er bei seinem Tod im Jahr 1851 hinterließ, den gedachten Betrag in sehr erheblicher Weise überschreitet. Nicht minder ist in dem gemeinschaftlichen Testament d. d. 12. Julius 1823 von beiden Eheleuten verfügt worden, daß der Letztlebende lebenslang im Besitz und Genuß ihres sämmtlichen Vermögens verbleiben und Niemand Rechenschaft abzulegen verbunden sein solle. Insofern also die Kinder erster Ehe der letztwilligen Verfügung ihrer Mutter Folge zu leisten entschlossen waren, erschienen sie überall nicht berechtigt, die Frage nach dem Betrag der Errungenschaft bei Lebzeiten von Breckheimer anzuregen, und es war vielmehr Sache des Letzteren, dafür Sorge zu tragen, daß die Größe des ehelichen Vermögen beim Tode seiner Ehefrau in rechtsgenügender Weise constatirt werde. Hat er solches zu thun unterlassen, so

*) nämlich in den Entscheidungsgründen zu den Urtheilen in Sachen:
Hemmerich ca. Söldner 1834.
Kohlbacher ca. Kohlbacher 1837.
Schäfer ca. Odemer 1849. — Siehe S. 245 — 251.

müſſen ſeine leiblichen Kinder die Folgen dieſer Verſäumniß tragen, und würden nur durch die Behauptung und den Beweis, daß und welcher Theil des von ihrem Vater hinterlaſſenen Vermögens nach Abzug des Sondergutes während ſeines Wittwerſtandes erworben ſei, ſich von der Verpflichtung, den Geſammtbetrag bei der Theilung in Anſchlag zu bringen, haben befreien können. Eine derartige Behauptung iſt aber von ihnen nicht aufgeſtellt worden, und ſie ſind demnach verpflichtet, für den Fall, daß die Kläger einen der ihnen unter I'. B. auferlegten Beweiſe der Verleitung zum Abſchluß des Vergleichs vom 14. Mai 1828 oder der Verletzung über die Hälfte durch ſolchen zu erbringen und hierdurch die Sachlage auf den Standpunkt vor Abſchluß des gedachten, die Anſprüche der Kläger gänzlich beſeitigenden Vergleichs zurückzuführen vermöchten, ſich die Berechnung des Pflichttheils der Kläger von der Hälfte der geſammten Verlaſſenſchaft des Philipp Breckheimer nach Abzug des Sondergutes gefallen zu laſſen.

Wenn ſodann die Beklagten ihre dritte eventuelle Beſchwerde in gegenwärter Inſtanz darauf gerichtet haben, daß den Klägern nicht wenigſtens der Beweis auferlegt ſei, das in dem Teſtament ihrer Mutter beſtimmte Sondervermögen der Kinder zweiter Ehe ſei aus der Errungenſchaft genommen worden, ſo konnte auch dem beßfallſigen Verlangen nicht entſprochen werden. Ganz abgeſehen nämlich von der Frage, ob nicht dieſe Beſchwerde wider den in dem erſten Urtheil unter II. A. b. normirten Beweis gerichtet ſei, in voriger Inſtanz hätte aufgeſtellt werden müſſen, und jetzt, nach inſoweit eingetretener Rechtskraft des Urtheils, nicht noch nachgeholt werden könne, ſo ſtellt ſich das Verlangen der Beklagten jedenfalls aus dem Grunde als verwerflich dar, weil mit der Anerkennung eines mütterlichen Teſtaments von Seiten auf den Pflichttheil geſetzter Kinder noch keineswegs ſämmtliche Erklärungen ihrer Erblaſſerin, welche den Zweck haben, den Betrag der Summe, von welcher der Pflichttheil zu berechnen iſt, zu verringern anerkannt worden ſind.

Dagegen war auf Grund der vierten Beſchwerde das vorige Urtheil abzuändern. Mittelſt ſolcher verlangen die Beklagten und Widerkläger, daß ihren Gegnern aufgegeben werde, die Summe

von fl. 151. 42 kr., zu deren Rückgabe ſie in dem Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. April 1853 verurtheilt ſind, „ſammt Verzugszinſen“ zu reſtituiren, und iſt kein Grund vorhanden, ihnen ſeit dem 29. October 1852, an welchem Tage die Widerklage den Widerbeklagten behändigt iſt, den Anſpruch, wenn auch nicht auf Verzugs-, ſo doch auf Prozeßzinſen zu verſagen. Zwar vermeinen die Widerbeklagten

a) ihre Verpflichtung ſei dadurch ausgeſchloſſen, daß in der Summe von fl. 151. 42 kr. die Zinſen bereits das Capital von fl. 75 überſtiegen. Allein die Vorſchrift, daß der Zinſenlauf ſiſtirt werde, ſobald die Höhe der Zinſen den Betrag des Capitals erreicht hat, bezieht ſich nicht auf einen Fall, wo eine Verpflichtung zur Zinszahlung eintritt in Bezug auf einen Poſten, welcher mit aus Zinſen gebildet wird, die Dritte (hier die Sparkaſſe) bezahlt haben, oder zu bezahlen gehabt hätten. Ebenſo wenig wird

b) von der Zinspflicht aus dem Grunde Umgang genommen werden können, weil die gedachte Summe im Wege der Compenſation von demjenigen in Abzug zu bringen ſei, was Beklagte den Klägern ſeiner Zeit zu vergüten haben würden. Denn die Frage, ob eine ſolche Vergütung ſtattfinden werde, iſt gegenwärtig noch ungewiß, und jedenfalls wird auch bei dem Betrage deſſen, wovon die $^2/_{30}$ zu berechnen ſind, die omnis causa, inſoweit darauf nicht verzichtet worden, in Berückſichtigung kommen. Es iſt alſo kein Grund abzuſehen, weßhalb nicht auch bei dem jetzt in Rede ſtehenden Poſten die Prozeßzinſen in Berechnung kommen ſollten. Völlig unerheblich aber für die Verzinſungsfrage iſt

c) der Umſtand, daß das Appellationsgericht in Betreff der gedachten Summe keinerlei Zahlungsfriſt vorgeſchrieben, ſowie der Umſtand, daß Appellanten ſich darüber, daß ſolches nicht geſchehen, nicht beſchwert haben, da in Betreff der Nichtzuerkennung ſelbſt Beſchwerde von Beklagten erhoben iſt.

Dieſelben haben hiernach nur in einem untergeordneten Punkt obgeſiegt, womit die erkannte Vergleichung der in jetziger Inſtanz aufgelaufenen Koſten zu $^1/_6$ gerechtfertigt erſcheint, während $^5/_6$ derſelben die Beklagten zu tragen haben.

Auszug aus den in der Note S. 242 angeführten Entscheidungsgründen.

a. Hemmerich ca. Söldner 1834.

Was die Hauptfrage anbetrifft, ob die Schirne und das Haus eheliche Errungenschaft oder privatives Vermögen des Ehemannes der Klägerin gewesen, ob also die Schirne und der Kaufpreis des während der Ehe verkauften Hauses dem Eigenthume nach der Klägerin, oder der Mutter der Curandin, als der Immobiliarerbin des verstorbenen Ehemannes der Klägerin, zugefallen sind, so sind beide Theile, — — — über die Thatsache einverstanden, daß der Ehemann der Klägerin die gedachten Grundstücke, welche gemeinschaftliches Eigenthum seiner Eltern waren, aus dem elterlichen Nachlasse in Gemäßheit des mütterlichen Testaments zu den darin bestimmten Anschlagspreisen angenommen hat, und es ist nur streitig, aus welchen Mitteln diese Anschlagspreise an die drei Miterben zu deren Antheil berichtigt worden sind, ob nämlich aus dem elterlichen Nachlasse selbst oder durch Zahlungen aus anderweitem Vermögen.

— — — — — —

Nun aber ist jene erste von der Klägerin eingeräumte Thatsache für die Frage vom Eigenthum sofort entscheidend, ohne daß es in dieser Hinsicht eines Beweises über den zweiten noch streitigen Punkt bedarf. Denn die Reformation bestimmt im Theil 5. Tit. 5. § 3, daß alle Güter, welche einem Ehegatten während der Ehe

> „durch Testament aufersterben, oder insonderheit gesetzt werden,"

also alle Güter, deren Erwerb auf einer testamentarischen Disposition beruhet, nicht zur Errungenschaft gehören sollen; dieser Fall ist aber hier eingetreten, da in dem mütterlichen Testamente nach dessen klaren Worten keineswegs — wie die Klägerin mitunter gesagt — bloß den Erben angerathen, sondern positiv verordnet worden ist, daß der Ehemann der Klägerin die fraglichen Grundstücke zu den festgesetzten Anschlagspreisen erhalten und dafür zu übernehmen schuldig sein solle, mithin deren Erwerb nicht auf einer

unter den Erben vertragsmäßig vorgenommenen Erbtheilung, ſondern lediglich auf einer teſtamentariſchen Dispoſition beruhet hat. Der Umſtand, ob in einem ſolchen Falle der Anſchlagspreis an die Miterben aus dem Nachlaſſe ſelbſt — nämlich durch Compenſation mit dem Antheile des annehmenden Erben an anderen Nachlaßſtücken — berichtigt werden kann, oder von dem annehmenden Erben aus ſonſtigen Vermögen bezahlt werden muß, hat hiebei, das heißt ſoviel das Eigenthum betrifft, keinen Einfluß; da

1) die Worte der angezogenen Reformationsſtelle ganz allgemein ſind, ohne dergleichen Unterſchied zu machen, wie denn auch die ſpätere Verordnung vom 24. Juni 1734 in dieſer Hinſicht ebenſo allgemein gefaßt iſt, und da ferner

2) ein ſolcher Unterſchied dem Weſen und den Grundſätzen der Errungenſchaft, ſowohl nach deutſchem Recht überhaupt als nach dem Frankfurter Recht insbeſondere zuwider ſein würde. Denn

a) der Begriff der Errungenſchaft wird in der Reformation Theil 5. Tit. 5. § 2, in Übereinſtimmung mit den meiſten anderen Statuten, darin geſetzt, daß dieſelbe ſolches Vermögen ſei, welches während der Ehe durch die eigene Thätigkeit und Betriebſamkeit der Eheleute erworben worden, und die Vorſchrift im § 3, daß ein Erwerb durch Teſtament keine Errungenſchaft ſei, wird ausdrücklich als eine Folge dieſes Grundſatzes bezeichnet. Nun aber concurrirt in dem Falle, wenn der Anſchlagspreis von dem annehmenden Erben aus anderweitem Vermögen bezahlt wird, zu dem Erwerbe ſelbſt ebenſo wenig eine eigene Thätigkeit und Betriebſamkeit dieſes Erben, als in dem Falle, wenn die Berichtigung des Preiſes aus dem Nachlaſſe geſchieht, indem der Erwerb ſelbſt, mit allen ſeinen Bedingungen, ſeinen Grund im Teſtamente, ohne Zuthun des annehmenden Erben, hat.

b) Es iſt ferner auch nach Frankfurter Rechte

vergl. die alte Reform. Fol. 23. § 3 ingl. die erneuerte Stadt-Reform. Thl. III. Tit. 6. § 6 — 8 und Thl. V. Tit. 5. § 8.

Orth, Anmerkung ꝛc. Thl. I. Seite 363 — 365.

die Regel, daß es bei dem Begriffe der Errungenſchaft und des privativen Vermögens der Ehegatten nur auf die Natur des Erwerbtitels, nicht aber darauf ankommt, mit welchem Gelde die Sache bezahlt worden iſt; worauf doch der obige Unterſchied hinauslaufen würde.

Dazu kommt denn auch noch

c) die Schwierigkeit bei der praktiſchen Anwendung jenes Unterſchiedes; theils wegen der oft unmöglichen Ausmittelung und Nachweiſung, theils wegen der ſonderbaren Bruchtheile, in welche das Eigenthum an einer ſo erworbenen Sache in dem häufigen Falle, wenn die Berichtigung des Anſchlagspreiſes theilweiſe durch Ausgleichung mit Nachlaßſtücken, theilweiſe durch Zahlung aus anderem Vermögen geſchehen iſt, zerſplittert werden würde.

— — — — — —

Ebenſo wenig ferner iſt hier der Umſtand von Einfluß, daß die Mutter des Ehemannes der Klägerin nur zur Hälfte Eigenthümerin der Grundſtücke, und das Eigenthum der anderen Hälfte derſelben ihren Kindern ſchon durch den Tod des Vaters zugefallen war. Denn die im mütterlichen Teſtamente verordnete Anweiſung der Grundſtücke begreift beide Hälften, und unter den Parteien iſt kein Streit darüber, daß die Kinder Erben ihrer Mutter aus dem Teſtamente geworden und die ganzen Grundſtücke in Gemäßheit des Letzteren von dem Ehemanne der Klägerin angenommen ſind; nach bekannten Rechten aber iſt auch eine teſtamentariſche Dispoſition über die eigenen Sachen des Erben, ſofern dieſer die Erbſchaft antritt, völlig rechtsbeſtändig und wirkſam,

§ 1. J. de singul. reb. per. fideicomm. rel. l. 25 C. de fideicomm.

mithin war für die väterliche Hälfte gleichfalls das Teſtament der Erwerbstitel.

Endlich erſcheint denn auch, ſoviel das Haus betrifft, der von der Klägerin in den vorigen Inſtanzen noch geltend gemachte Umſtand als unerheblich, daß die Klägerin in dem Kaufbriefe über den Verkauf des Hauſes im Jahr 1799 als Mitverkäuferin vorkomme, und ihr in demſelben Jahr über den bezahlten Reſtkaufſchilling von den Gläubigern mitquittirt worden ſei; denn aus

dergleichen Vorgängen, welche bei Grundstücken, die während der Ehe erworben sind, oft nur zu dem Zwecke stattfinden, um den dritten Interessenten gegenüber, alle Schwierigkeiten hinsichtlich der Frage vom Eigenthume zu beseitigen, läßt sich die bestimmte Absicht einer Übertragung des gemeinschaftlichen Eigenthums nicht entnehmen, und findet daher auf dieselben die Verordnung der Reformation Thl. 5. Tit. 5. § 7 keine Anwendung.

— — — — — —

Zugleich war jedoch der Klägerin zu dem Zweck einer ihr zu leistenden Rückerstattung und resp. eines ihr zu gestattenden Abzuges von dem für das Haus gelösten Gelde, — — der Beweis nachzulassen, daß für die fraglichen Grundstücke solche Zahlungen gemacht worden seien, welche die Klägerin zu dergleichen Ansprüche berechtigen.

— — — — — —

Die Beweislast trifft hiebei ohne Zweifel die Klägerin, da die Präsumtion für die Qualität der Errungenschaft, welche allerdings in der Verordnung vom 24. Juni 1734 Nr. 3 begründet ist, in dem vorliegenden Falle, wo die Qualität des privativen Vermögens des Ehemannes und also die Befugniß der Beklagten, die Schirne und den Kaufpreis des Hauses als apportata aus der Masse herauszuziehen, bereits nachgewiesen worden, keine Anwendung findet; an und für sich aber und abgesehen von einer solchen Präsumtion, die Klägerin, da sie es ist, welche eine Forderung aufzustellen hat, auch das Fundament derselben nachweisen muß.

b. Kohlbacher ca. Kohlbacher 1837.

Die Sache selbst anlangend, sind die Parteien zwar darüber einverstanden, daß der verstorbene Ehemann der Beklagten kein Vermögen in die Ehe gebracht und daß der als Kläger aufgetretene Vater desselben als Pflichttheil mehr nicht als $^1/_6$ der ganzen Errungenschaft dieser Ehe anzusprechen habe; dessen ungeachtet aber ist das Erbieten der Beklagten, lediglich die eheliche Errungenschaft inventarisiren zu lassen, von den vorigen Richtern mit Recht als ungenügend verworfen, und ihr aufgegeben worden, das

gesammte eheliche Vermögen ohne Rücksicht darauf, ob solches als errungenschaftlich anzusehen sei, oder nicht, nachträglich zum Inventar anzugeben.

— — — — — —

Die Beantwortung der Frage, worauf es hier allein ankommt, ergibt sich nicht nur aus der Vorschrift im Artikel 3 der Rathsverordnung vom 24. Juni 1734,

Beyerbach, Sammlung. Thl. I. Seite 71 in f. 72 pr.

sondern auch aus der Natur der Sache, und aus dem Unterschiede zwischen der Aufnahme und Vertheilung eines Nachlasses ganz von selbst. Die Ausmittelung der ehelichen Er- oder Verrungenschaft gehört zunächst der Letzteren an, und das Inventar kann und soll nur die thatsächliche Grundlage, die Factoren dazu liefern.

Bei Ausmittelung der ehelichen Errungenschaft von der es sich hier handelt, zum Behuf der Erbtheilung, wird bekanntlich allgemein, und namentlich zu Frankfurt, so verfahren, daß von den sämmtlichen, zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Gütern, nicht nur der eigentliche Schuldenbetrag, sondern auch das als Eheschuld zu betrachtende Illatum, und der etwaige Separaterwerb der beiden Ehegatten abgezogen, und der übrig bleibende Theil als Errungenschaft angenommen wird, wovon der überlebende Ehegatte, außer seiner eigenen Hälfte, und der sogenannten Statutgebühr im vorliegenden Fall, auch noch $^2/_3$ von der Hälfte des Verstorbenen zu empfangen hat.

Nothwendig muß also die Beklagte zuvörderst das ganze, zur Zeit des Ablebens ihres Ehemannes vorhanden gewesene Ehevermögen, einschließlich ihrer Illaten und ihres etwaigen Separaterwerbs angeben, damit hienach zum Behuf der Erbtheilung die ganze eheliche Errungenschaft und folgeweise auch das $^1/_6$ der Kläger berechnet werden kann; wobei auch soviel von selbst klar ist, daß Alles, was sich bei dem Ableben des Erblassers an Activmitteln vorgefunden hat, und sich nicht aus dem bei Eingehung ihrer Ehe aufgenommenen Inventar als ihr Illatum herausstellt, ohne Weiteres und so lange für errungen gehalten werden muß,

bis ſie ihren Erwerbstitel, zufolge deſſen es ihrem Scparatvermögen zufällt, nachweiſet; was namentlich bei dem von den Parteien angeregten Lotteriegewinne und deſſen etwaigem Surrogate ſeine Anwendung finden wird.

c. Schäfer ca. Odemer 1849.

Wenn

ad II. die Sententia a qua davon ausgegangen iſt, daß es der verklagten Ehefrau obliege, darzuthun, daß und in welchem Umfang jene Pfandſtücke zur Errungenſchaft gehörten, ſo war dem nicht beizutreten, vielmehr die von den Beklagten wegen dieſer Vertheilung der Beweislaſt eventualiter erhobene zweite Beſchwerde für begründet zu erachten.

Zwar können dieſelben

1) auf die Rathsverordnung vom 24. Juni 1734, und daß hienach eine geſetzliche Präſumtion zu Gunſten ihrer Behauptung ſpreche, ſich nicht berufen. Denn hierin iſt nur für die bei Trennung der Ehe nothwendige Vermögens-Sonderung zwiſchen dem Überlebenden und den Erben des Verſtorbenen ausgeſprochen, daß nach Abſchichtung der annoch in natura vorhandenen beiderſeitigen, theils zugebrachten, theils anerſtorbenen Güter von dem Reſt der Erbſchafts-Activmaſſe angenommen werden ſolle, es beſtehe dieſelbe aus erzeugtem und erobertem Gute und ſei hienach ohne Rückſicht auf Immobiliar- oder Mobiliarqualität zu vertheilen. Keineswegs aber iſt darin auch für die Zeit noch beſtehender Ehe und in Bezug auf Dritte der Grundſatz anerkannt, daß die im Beſitz der Ehegatten befindliche Fahrniß bis zum Beweiſe des Gegentheils als errungen gelten und deßhalb als gemeinſchaftliches Eigenthum beider Ehegatten behandelt werden ſolle.

Allein es hat

2) Kläger, wie die fraglichen Geräthſchaften von beiden Ehegatten zugleich und in gleichermaaßen ſich zu Pfand verſchreiben laſſen, ſo auch ſeine Klage gleichmäßig gegen Beide gerichtet und darauf geſtellt, daß er zu Veräußerung der geſammten Geräthſchaften ermächtigt werde. Für ſeine Klage bildet daher, nachdem die Mitverpfändung Seitens der Frau wegen unterbliebenen Ver-

zichts auf S. C. Vellejanum ungültig ist, das Alleineigenthum des Mannes an jenen Geräthschaften, welches Kläger stets behauptet hat, das eigentliche fundamentum agendi. Den allgemeinen Regeln über Beweislast zufolge muß mithin zwar den Beklagten die Bewahrheitung ihrer Behauptung im Gegenbeweise nachgelassen, principaliter aber von dem Kläger dargethan werden, daß die ihm verpfändeten Geräthschaften, oder welche derselben alleiniges Eigenthum des Mannes seien; und konnte hierüber um so weniger ein Bedenken obwalten, als weder aus der Natur und Bestimmung der hier in Frage stehenden Effecten eine factische Präsumtion für die klägerische Behauptung zu entnehmen ist, noch vollends eine allgemeine rechtliche Vermuthung dafür, daß das Ehegut vom Manne herrühre und dessen Eigenthum sei, sich behaupten läßt ꝛc.

24.

F. B. Cardini, Kläger und Widerbeklagter, gegen **H. J. Minoprio**, Beklagten und Widerkläger, wegen Vertragserfüllung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Vorbemerkung.

Kläger hatte gegen Zusicherung eines jährlichen Gehaltes von fl. 2000 resp. einer Leibrente von jährlich fl. 1000 für den Fall eintretender Arbeitsunfähigkeit, die Stelle eines Lehrers und Instructors in der Fabrik des Beklagten übernommen und mit dem Letzteren unterm 2. Januar 1849 einen Vertrag abgeschlossen, durch welchen die gegenseitigen Leistungen genau bestimmt worden waren. Im März 1851 war Kläger, nachdem er sich mit dem Beklagten entzweiet und dieser ihn angeblich außer Thätigkeit gesetzt und ihm die weiteren Gehaltszahlungen verweigert hatte, aus dem Geschäfte des Beklagten hinweggeblieben und demnächst gegen denselben mit einer Klage auf Vertragserfüllung aufgetreten. Beklagter seiner Seits hatte verabredet, daß Kläger durch ihn außer Thätigkeit gesetzt worden sei, vielmehr behauptet, Kläger sei eigenmächtig weggeblieben und habe ihn dadurch berechtigt, den Vertrag für aufgehoben zu erachten; gleichzeitig aber hatte Beklagter wegen des von ihm näher dargelegten vertragswidrigen Verhaltens des Klägers gegen diesen mittelst Compensation und Widerklage Schadensansprüche im Betrage von fl. 6000 erhoben.

In dem ersten Verfahren ist nun

I. in der Vorklage

A. dem Kläger, als Beweis der Vertragserfüllung von seiner Seite, der Beweis seiner Replik dahin auferlegt:

„daß Beklagter ihm die Weisung gegeben habe, daß er

nichts mehr zu arbeiten und nichts mehr bei dem Beklagten zu thun habe,"

und

B. dem Beklagten der Beweis des behaupteten vertragswidrigen Verhaltens des Klägers dahin nachgelaſſen:

a) „daß und welche Recepte und Notizen über Schnupftabaks-Fabrication Kläger zurückbehalten habe;"

b) „daß Kläger ihm argliſtig nur unvollſtändige Anleitung und mangelhaften Rath zur Schnupftabaks-Fabrication ertheilt habe;"

c) „daß Kläger ſeinem Sohne, Franz Carbini, in der Schnupftabaks-Fabrication gleichfalls Unterweiſung ertheilt habe;"

d) „daß er ſeinem Sohne, Franz Carbini, die Adreſſen der Kunden des Beklagten mitgetheilt habe"

oder

„daß er, als er den Beklagten veranlaßte, dem Franz Carbini die Handelsbücher mitzutheilen, gewußt habe, daß dieſer die Adreſſen zu ſeiner eigenen Benutzung herausziehen werde."

Sodann iſt

II. in der Widerklage dem Beklagten der Beweis auferlegt:

„daß ſein Geſchäft in Folge der oben unter B. a — d erwähnten Handlungsweiſe des Klägers ſowie durch deſſen Wegbleiben aus dem Geſchäft in Rückgang gekommen ſei und daß er dadurch einen Schaden von fl. 6000 oder wieviel weniger erlitten habe."

Bezüglich des Erfolgs dieſer Beweisführung war jedoch in dem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts der Vorbehalt gemacht, daß die unter I. auferlegten, bezüglich nachgelaſſenen Beweiſe für den ſeit behändigter Klage fälligen Betrag der klägeriſchen Forderung, ſowie den Fortbeſtand des Vertrags überhaupt ohne Einfluß ſeien, da der Kläger in ſeiner Klageſchrift ſeine Bereitwilligkeit zur weiteren Erfüllung des Vertrags ausdrücklich erklärt habe und Beklagter in Folge des frühern Wegbleibens des Klägers nicht befugt ſei, die Annahme dieſer Leiſtungen abzulehnen.

Durch die Erkenntniſſe des Stadtgerichts I. vom 11. Mai 1853 und des Appellationsgerichts vom 7. December 1853 iſt nun auf die beiderſeitige Beweisführung erkannt, daß Beklagter bezüglich des klägeriſchen Beweiſes den ihm principaliter zugeſchobenen Eid und Kläger bezüglich der dem Beklagten nachgelaſſenen Beweiſe, da der Zeugen- und Sachverſtändigenbeweis nicht ſoviel ergeben habe, daß auf einen nothwendigen Eid erkannt werden könne, gleichfalls den Schiedseid zu leiſten habe. Gleichzeitig iſt für den Fall, daß Beklagter den ihm auferlegten Eid leiſte, Kläger mit ſeiner Forderung an Gehalt für die Zeit vom 1. März 1851 bis 11. April 1851 abgewieſen, Beklagter aber, unter Abweiſung mit ſeiner Widerklage, ſchuldig erkannt, dem Kläger, falls dieſer die ihm auferlegten Eide leiſten werde, die Gehaltsrückſtände aus der Zeit vor dem 1. März 1851, ſowie die vom 11. April 1851 an bereits fälligen und fällig werdenden Beträge auszuzahlen, für den Fall der Nichtleiſtung eines der auferlegten Eide aber weitere Verfügung vorbehalten.

Die von Seiten des Beklagten weiter verfolgte Appellation wurde durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 19. Juni 1854 in der Hauptſache verworfen und nur bezüglich der Koſten zweiter Inſtanz derſelben theilweiſe Statt gegeben.

Entſcheidungsgründe zum Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts.

Der Beklagte verlangt in voriger und gegenwärtiger Inſtanz mittelſt ſeiner erſten Beſchwerde, daß die ihm auferlegten Beweiſe:

a) daß und welche Recepte und Notizen über Schnupftabaks-Fabrication Kläger zurückbehalten habe;

b) daß dieſer ihm argliſtig nur unvollſtändige Anleitung und mangelhaften Rath zu ſolcher ertheilt habe,

als vollſtändig oder doch nach Ableiſtung eines Erfüllungseides für geführt erachtet oder daß dem Kläger deßfalls ſtatt des

Schiedseides der Reinigungseid auferlegt werde. — Dieſe Anträge dürfen nicht ſchon um deßwillen verworfen werden, weil die dem Beklagten auferlegten Beweiſe copulativ aufzufaſſen ſeien, und, wie nach Inhalt der Zeugenausſagen von dem Kläger ſelbſt nach Faſſung ſeiner zweiten Beſchwerde eingeräumt wird, die unter c und d verzeichneten Beweiſe, daß Kläger ſeinem Sohn Unterweiſung in der Schnupftabaks-Fabrication ertheilt, und ſolchem die Adreſſen der Kunden des Beklagten mitgetheilt oder doch ihn in den Stand geſetzt habe dieſelben kennen zu lernen, als nicht geführt erachtet werden müſſen. Denn wenn gleich der unter d erſichtliche Beweisſatz eine ausdrückliche Alternative enthält, ſo ergibt ſich doch daraus noch nicht, daß die Sätze a bis d Copulativen enthalten, weil ſie nicht ebenfalls durch „oder" verbunden ſind. Nach Inhalt der Beweisſätze iſt vielmehr anzunehmen, daß der Einfluß, welchen die geführten Beweiſe auf die endliche Entſcheidung haben ſollten, dieſer vorbehalten ſei.

Die Auffaſſung des Beklagten in Betreff des Beweisſatzes unter a beruht aber

1) auf folgender Schlußfolgerung. Nach dem Vertrage vom 2. Januar 1849 habe Cardini alle Recepte und Notizen über Tabaks-Fabrication an Minoprio auszuliefern, und ihm und ſeinen Söhnen oder Nachfolgern im Geſchäft alle zur Schnupftabaks-Fabrication nöthigen Inſtructionen nach beſtem Wiſſen und Gewiſſen zu geben. Cardini habe aber nur das Büchelchen [19] an Minoprio ausgeliefert. Solches enthalte nach dem Gutachten der Sachverſtändigen keine vollſtändige Inſtruction zur Tabaks-Fabrication. Mithin habe Cardini ſeinen Verpflichtungen nicht entſprochen. Allein in dem Verſprechen „alle Recepte und Notizen auszuliefern" liegt nicht die Verpflichtung, alle zu einer vollſtändigen Inſtruction irgend denkbaren Recepte und Notizen mitzutheilen, indem eine ſolche ohne ſichere Begrenzung ſein würde, ſondern nur die Verpflichtung zur Auslieferung deſſen, was er in Händen hatte oder ihm bekannt war. Daß aber Etwas hievon ihm vorenthalten ſei, dafür fehlt es an jedem Beweiſe. Sodann macht der Beklagte hiefür

2) eine rechtskräftige Entſcheidung mittelſt Stadtgerichts-

Decrets vom 17. November 1852 geltend, indem hier die Verpflichtung des Klägers zur vollſtändigſten ſchriftlichen Belehrung des Beklagten, ſeiner Söhne und Nachfolger ausdrücklich anerkannt ſein ſoll. Allein in dem gedachten Decret, welches nur zur Regulirung der Beweisaufnahme dienen ſoll, iſt von einer rechtskräftigen Entſcheidung über dieſen Punkt überall nichts enthalten; und die daſelbſt vorkommende Ratio: in Erwägung, daß 1) die Worte in dem Vertrag „dagegen hat Herr Cardini alle Recepte und Notizen über Tabaks-Fabrication an Herrn Minoprio auszuliefern," nur dahin verſtanden werden können, „daß dieſe Recepte und Notizen dem Beklagten ſchriftlich mitzutheilen waren" hat keinen andern Zweck als den, das Buch [19] act. als erhebliches Beweismittel darzuſtellen,

— — — — — —

Wenn ſodann der Beklagte

3) für ſeine Auffaſſung ein Geſtändniß des Klägers auf Grund des Art. 34 der proviſoriſchen Prozeßordnung in Bezug genommen hat, ſo läßt ſich weder ein ſolches annehmen, noch würde ſich daraus dasjenige ergeben, was der Beklagte aus ſolchem abzuleiten bemüht iſt. Denn

a) in [22] Seite 3 und 4 hatte Beklagter behauptet, laut Vertrags vom 16. December (richtiger September) 1845 habe ſich Cardini verpflichtet, Minoprio und Söhnen die Fabrication der verſchiedenen Sorten von Schnupftabak zu lehren, ihnen die hierzu nöthige mündliche und ſchriftliche Anleitung zu geben und die erforderlichen Recepte mitzutheilen. In Folge deſſen habe Kläger dem Beklagten das Büchelchen [19] übergeben, deſſen Inhalt ſei unzureichend befunden worden, und Cardini um deßwillen mittelſt Vertrags vom 2. Januar 1849 zur Auslieferung aller Recepte und Notizen von Neuem verpflichtet. Wenn nun hierauf der Kläger in [23] Seite 5 und 6 antwortet: die Worte des Vertrags vom 2. Januar hätten nicht die Bedeutung, daß Kläger früher unzureichende Mittheilungen dem Gegner gemacht, demſelben nicht alle ſeine Recepte und Notizen übergeben habe, zu deren Auslieferung ſei er erſt durch gedachten Vertrag, durch welchen der vom 16. December (richtiger September) 1845 außer

Wirksamkeit gesetzt sei, verpflichtet worden, so hat er damit seiner Verpflichtung zur Beantwortung des gegenwärtigen Vorbringens in ausreichender Weise entsprochen. Überdieß aber läßt sich

b) aus dem Vertrag des Beklagten der von ihm gezogene Schluß mit Sicherheit nicht ableiten.

— — — — — —

Als Resultat des Beweises durch Sachverständige stellt sich demnach heraus, daß Kläger dem Beklagten durch Mittheilung des Buchs [19] eine Anleitung gegeben habe, mittelst deren bei hinzukommender mündlicher Unterweisung es möglich ward, die meisten der in Frankfurt üblichen Schnupftabaksorten zu fabriciren, daß aber jene schriftliche Anleitung keinen Anspruch darauf machen könne, eine vollständige Instruction zu sein. Hiemit hatte Cardini seine Verpflichtung erfüllt, und wenn der Beklagte verlangte, daß ihm noch andere Recepte hätten ausgeliefert werden sollen, so hätte er sie näher bezeichnen und darthun müssen, daß Cardini sich in deren Besitz befinde. Davon findet sich aber nichts in den Acten und kann zu dem Ende auch

4) aus den Zeugenaussagen nichts abgeleitet werden, indem

— — — — — —

Der zweite Beweissatz umfaßt zweierlei:

a) den Beweis der unvollständigen Anleitung und des mangelhaften Raths;

b) den Beweis der Arglist als Grund der unter a verzeichneten Handlungen.

Nun ist es zwar richtig, daß der Beweis der Arglist meistens durch Vermuthungen wird erbracht werden. An solchem fehlt es aber in vorliegendem Fall gänzlich, und schon aus diesem Grunde wäre der Beweis für verfehlt zu erachten. Es fehlt aber auch an dem Beweis unvollständiger Anleitung und mangelhaften Raths.

— — — — — —

Auch das von dem Beklagten zur zweiten Beschwerde voriger Instanz gestellte und in der gegenwärtigen wiederholte Verlangen, daß seine Verurtheilung an den Kläger von der Erfüllung der Gegenleistungen desselben abhängig gemacht werde, ist unbegründet.

Beklagter hat dem Vertrage zufolge seine Zahlungen praenumerando zu leisten. Kommt der Kläger seinen Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung er sich in der Klageschrift bereit erklärt hat, nicht nach, so bleibt es dem Beklagten unbenommen, seine daraus auch in Betreff der Zahlung ferneren Gehaltes hervorgehenden Befugnisse nöthigenfalls gerichtlich geltend zu machen. Eines deßfallsigen Ausspruchs in dem gegenwärtigen Erkenntnisse bedurfte es nicht.

In Ansehung der dritten Beschwerde voriger Instanz, welche gegenwärtig wiederholt ist, versteht es sich von selbst, daß in Beihalt dessen, was in Betreff der Beweissätze B. a — d dem Obigen zufolge vorliegt, von einer Schadensersatzforderung überall nicht die Rede sein kann. Auch läßt sich dem Beklagten darin nicht beitreten, daß auf Grund des Wegbleibens aus dem Geschäfte sich eine deßfallsige Forderung rechtfertigen lasse, weil solches im Sinne des in so weit rechtskräftigen Beweis-Interlocuts sein würde. Denn es versteht sich von selbst, daß die obengedachte Bezugnahme in dem Beweissatz II. auf dasjenige, was unter I. A. erkannt war, sich modificirt, sobald, wie solches in dem hiesigen Erkenntnisse vom 6. Mai 1852 geschehen ist, die Bedeutung des gedachten Beweissatzes abgeändert ward.

Es mußte sonach in der Hauptsache das vorige Urtheil bestätigt werden.

Die zweite Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz ist begründet. Auf Appellation des Klägers war das erste Urtheil in Gemäßheit der von ihm aufgestellten Beschwerde abgeändert; auf Appellation des Beklagten dagegen das erste Urtheil bestätigt. Rechtsfolge würde mithin sein, daß die durch die erste Appellation erwachsenen Kosten verglichen, in die Kosten der zweiten Appellation dagegen der Beklagte verurtheilt würde; oder, da über beide Rechtsmittel in einem Erkenntniß gesprochen worden ist, auch ein Grund zu anderweitiger Vertheilung nicht vorliegt, daß die Kosten voriger Instanz zur Hälfte von dem Beklagten getragen, zur Hälfte dagegen verglichen würden. Die Acten-Versendungskosten müssen jedoch den Beklagten als den nachsuchenden Theil treffen. An dem vorstehenden Resultat wird auch weder dadurch etwas verändert, daß der Beklagte um Actenversendung nachgesucht hat, wodurch die

Nothwendigkeit herbeigeführt iſt, daß auch in Betreff der Appellation des Klägers das ſchriftliche Verfahren eintreten mußte und dadurch vermehrte Koſten entſtanden ſind, da Beklagter von der Actenverſendung, als einem ihm zuſtehenden Rechte Gebrauch gemacht hat und die Koſtenfrage hievon überall nicht berührt wird. Ebenſo wenig kann die von dem Kläger bezweifelte Moralität der Prozeßführung des Beklagten zu einer Verurtheilung des Letzteren in Koſten führen, deren Vergleichung eine Folge des Wechſels der Erkenntniſſe iſt.

Die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz hat der Beklagte zu tragen, da derſelbe in der Hauptſache mit ſeiner Beſchwerde nicht durchgedrungen iſt und deſſen zweite Beſchwerde eine nennenswerthe Vermehrung der Koſten nicht herbeigeführt hat.

25.

Georg Jacobi, Kläger, wider die **Actiengesellschaft** für Rhein- und Mainschifffahrt, Beklagte, wegen Amortisation von Actien.

Vorbemerkung.

Dieser Streitsache, in welcher der Kläger eine Klage auf Amortisation von zwanzig Stück auf den Inhaber lautenden, ihm entwendeten Actien der beklagten Gesellschaft resp. auf Verabfolgung neuer Actien nebst Coupons erhoben hat, waren bereits zwei denselben Gegenstand betreffende gerichtliche Verhandlungen vorausgegangen.

Am 11. Juni 1850 hatte der jetzige Kläger den Antrag auf Amortisation dieser Actien bei dem Stadtgericht II., als dem Gerichte für nichtstreitige Sachen gestellt, es war aber dieser Antrag durch Bescheid vom 13. Juni 1850, welcher durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 2. August 1850 bestätigt worden ist, auf Grund des Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 8. Juli 1817, das Verbot der Vindication auch Amortisation der auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen betreffend, für unzulässig erachtet worden. Sodann hatte der jetzige Kläger gegen die jetzige Beklagte eine Klage auf Auszahlung der bereits verfallenen und weiter verfallenden Dividenden erhoben, war jedoch mit dieser Klage auf Grund der Statuten der beklagten Gesellschaft, nach deren § 11 die Erhebung der Dividenden nur gegen Auslieferung der zu diesem Zweck ausgestellten auf den Inhaber lautenden Dividendscheine geschehen darf, durch Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 11. Juni 1852, bestätigt durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 3. September 1852 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 20. Januar 1853, abgewiesen worden.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 3. August 1853.

In Erwägung, daß

1) zwar von Seiten des beklagten Theils ein Widerſpruch gegen die klägeriſchen Anträge nicht vorliegt, jedoch

2) ſoviel die Amortiſation der fraglichen Actien betrifft, dieſelbe — wenn gleich in substrato die Competenzfrage bereits entſchieden worden — in Betracht des dieſerhalb am 2. Auguſt 1850 ergangenen appellationsgerichtlichen Erkenntniſſes für zuläſſig nicht erachtet werden kann,

I. wird klagender Theil mit den geſtellten Anträgen abgewieſen und zum Erſatz der dem beklagten Theil in dieſer Inſtanz erwachſenen Koſten verurtheilt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 16. September 1853.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung

des bereits unterm 2. Auguſt 1850 in Sachen J. Z. Jacobi & Sohn, Amortiſation betreffend, erlaſſenen Erkenntniſſes dieſes Gerichts,

und in fernerer Erwägung,

daß gleichwie einerſeits das Einverſtändniß der jetzt gegen einander aufgetretenen Parteien über den klägeriſchen Antrag, ein Eingehen auf dieſen letzteren, den Rechten eines etwaigen Dritten, immer denkbaren, redlichen Beſitzers der fraglichen, abhanden gekommenen Actien gegenüber, nicht zu rechtfertigen vermöchte, ſo anderer Seits, ſelbſt wenn eine Extenſion, der in § 4 des Geſetzes vom 8. Juli 1817 enthaltenen ſingulären Beſtimmung für Stadt Frankfurtiſche, auf den Inhaber geſtellte Staatspapiere, auch auf andere auf den Inhaber geſtellte Schuldſcheine zugegeben werden könnte, es in dem vorliegenden Falle doch jedenfalls zur Zeit an

der erforderlichen Beſcheinigung des totalen Untergangs der fraglichen Actien fehlen würde,

wird die erhobene Appellation unter Verfällung des Appellanten in die Koſten gegenwärtiger Inſtanz verworfen.

Auf weitere Appellation des Klägers wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 22. Juni 1854 aus nachfolgenden Gründen beſtätigt.

Entſcheidungsgründe.

Indem der Kläger ſeinen Antrag auf Amortiſation der ihm entwendeten Actien der beklagten Geſellſchaft gegenwärtig lediglich auf den Art. 4 des Geſetzes vom 8. Juli 1817 gründet, welcher beſtimmt, in welchem Falle ausnahmsweiſe eine Amortiſation auf den Inhaber lautender Papiere ſtatthaft ſei, erkennt er es dadurch ſelbſt an, daß die Beſtimmung des Art. 2 des gedachten Geſetzes, wonach in der Regel eine ſolche Amortiſation gänzlich ausgeſchloſſen iſt, nicht bloß von eigentlichen Staatspapieren, ſondern auch von anderen Frankfurtiſchen auf den Inhaber lautenden Papieren zu verſtehen ſei: wie ſich dieß denn auch nach dem Zuſammenhange, worin der Art. 2 mit dem Art. 1 ſteht und nach dem Zwecke des ganzen Geſetzes, lediglich den redlichen dritten Beſitzer ſolcher Papiere zu ſchützen, kaum bezweifeln läßt, daher es füglich dahin geſtellt bleiben kann, ob dieſe Frage nicht in dem vorliegenden Falle auch durch das frühere Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 2. Auguſt 1850 bereits rechtskräftig gegen den Kläger entſchieden ſei.

Was nun aber den citirten Art. 4 betrifft, ſo fragt es ſich ſchon,

1) ob dieſer überall von Papieren, wie die jetzt in Frage ſtehenden, handle; derſelbe redet nämlich ausdrücklich und zwar im Gegenſatze gegen die in den früheren Paragraphen gebrauchten allgemeinen Ausdrücke, nur von ſolchen Staatspapieren „in welchen ſich die Stadt Frankfurt als Schuldnerin bekennt“ und wenn

gleich in den Entſcheidungsgründen zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 20. Januar vorigen Jahres bemerkt iſt, es dürfte ſich dieß daraus erklären, daß damals in Frankfurt noch keine Papiere au porteur ausgebenden Privatgeſellſchaften beſtanden haben, ſo wird dieſe Annahme doch dadurch einigermaaßen zweifelhaft, daß der Art. 8 des Geſetzes, indem er von auf porteur lautenden Staats- oder anderen Obligationen und Schuldbriefen redet, kaum andere als ſolche Papiere von Privatgeſellſchaften im Auge gehabt haben kann.

Indeſſen darf dieſe Frage in dieſem Falle füglich unentſchieden bleiben, da, wenn man den Art. 4 auch nicht auf Frankfurter Stadt-Obligationen beſchränken könnte, jedenfalls

2) die andere Vorausſetzung, auf welcher die in demſelben ſanctionirte Ausnahme von der Regel des Art. 2 beruht, in gegenwärtigem Falle, wenigſtens zur Zeit nicht vorliegt. Es iſt nämlich klar, daß die Frankfurtiſche Geſetzgebung in der Begünſtigung des dritten redlichen Beſitzers auf den Inhaber lautender Papiere ſo weit geht, daß ſie die Amortiſation derſelben verbietet, ſo lange nur noch die Möglichkeit anzunehmen iſt, daß ein ſolcher vorhanden ſei, indem der Art. 4 die Amortiſation nur dann geſtattet, wenn der totale Untergang ſolcher Papiere dergeſtalt beſcheinigt wird, daß durch die Nichteinlöſung derſelben der Schuldner ſich offenbar mit dem Schaden des letzten Beſitzers:

— der Ausdruck dritten Beſitzers im Art. 4 beruht ohne Zweifel auf einem Verſehen —

bereichern würde. Es genügt alſo nach dieſer Verordnung keineswegs der, wenn auch noch ſo vollſtändige Beweis, daß Papiere der fraglichen Art abhanden gekommen ſeien, ſondern es muß nach den beizubringenden Beſcheinigungen vernünftiger Weiſe nicht daran gezweifelt werden können, daß die Papiere gänzlich vernichtet ſeien, wie dieß auch vom Ober-Appellationsgericht in den angeführten Entſcheidungsgründen zum Urtheil vom 20. Januar vorigen Jahres beſonders hervorgehoben iſt. *)

*) Siehe Seite 265.

Für einen ſolchen gänzlichen Untergang hat nun aber der Kläger nichts anderes geltend machen können, als

a) das in voriger Inſtanz aus den Unterſuchungsacten wider . . . beigebrachte anonyme Schreiben,

b) den Umſtand, daß ſeit der Entwendung der Papiere weder die Actien zum Vorſchein gekommen, noch auch die ſeitdem dreimal ausgetheilten Dividenden für dieſe Actien erhoben worden ſeien:

und Beides kann, auch in Verbindung mit einander, für eine Beſcheinigung des totalen Untergangs, namentlich wie der Art. 4 ſie fordert, nicht erachtet werden.

Denn

ad a) in dem anonymen Schreiben erklären die angeblichen Diebe dem Kläger nur, er werde die geſtohlenen Papiere nicht eher wieder erhalten, als bis die als des Diebſtahls verdächtig damals in Unterſuchung gezogenen Perſonen in Freiheit geſetzt ſein würden, indem ſie noch hinzufügen: lieber werden ſie verbrannt. Es enthält alſo dieſes Schreiben nicht einmal eine beſtimmte Drohung in einem gewiſſen Falle die Papiere zu vernichten, und dafür, daß dieſe Drohung wirklich erfüllt ſei, iſt gar nichts beigebracht.

Was aber

ad b) den zweiten Umſtand betrifft, ſo iſt, nachdem, wie der Kläger ſelbſt anführt, in öffentlichen Blättern vor dem Ankauf der geſtohlenen Papiere gewarnt worden iſt, es ſchon daraus ſo vollkommen erklärlich, daß die Diebe ſich vorläufig gehütet haben, ſie zu Kauf auszubieten, daß darin, daß die Actien bisher nirgends vorgekommen und die Dividenden darauf nicht erhoben worden ſind, den Umſtänden nach überall keine Beſcheinigung eines wirklichen Untergangs der Papiere gefunden werden kann: wie denn überdieß manche Geſetzgebungen ſelbſt nach erfolgter gehöriger Beſcheinigung der eingetretenen wirklichen Vernichtung von Papieren au porteur die Edictalladungen zum Behuf der Amortiſirung erſt dann geſtatten, nachdem mehrere Zinszahlungstermine, ohne daß ſich Jemand mit den Papieren gemeldet hat, verfloſſen ſind, oder gar die Präſcriptionszeit abgelaufen iſt,

Preuß. Gerichtsordnung Thl. I. Tit. 51. § 121. 124 — 126.

Preuß. Verordnung vom 16. Juni 1819.
Königl. Sächs. Verordnung vom 25. Juli 1777.
Bei Schumann die Amortisation von Urkunden. S. 208.

während der Art. 4 auf den Grund der beigebrachten Bescheinigung des totalen Untergangs sofort, ohne ein weiteres Verfahren, die Amortisation auszusprechen gestattet und nur eine nachfolgende Bekanntmachung vorschreibt.

Der Mangel gehöriger Bescheinigung wird auch im vorliegenden Fall nicht dadurch ersetzt, daß die Beklagte erklärt, sie habe keinen Grund in die Angaben des Klägers über die geschehene Entwendung und Vernichtung der Actien u. s. w. Zweifel zu setzen und überhaupt gegen die Amortisation nichts zu erinnern. Denn theils wird durch das, was sie als bewiesen zugibt, nach dem Obigen die Vernichtung der Papiere direkt gar nicht bescheinigt, theils beruht das Frankfurter Verbot der Amortisation nicht auf einer Begünstigung des Schuldners, auf welche dieser ja allerdings verzichten könnte, sondern lediglich auf einer Begünstigung des dritten redlichen Inhabers, so daß also die zustimmende Erklärung der Beklagten als völlig irrelevant erscheint.

c) Alles, was der Kläger sonst noch in dieser Instanz geltend macht, könnte höchstens in Betracht kommen, wenn es von Änderung der bestehenden Frankfurter Legislation sich handelte, nicht aber wo deren Anwendung in Frage steht.

Auszug aus den S. 263 angeführten Entscheidungsgründen.

Auch ist es möglich, daß Kläger künftig in die Lage versetzt werden wird, dieses Forderungsrecht geltend machen zu können. Dieß würde erstlich dann jedenfalls geschehen, wenn sich ein Inhaber der entwendeten Coupons melden und es dem Kläger gelingen sollte, sie ihm durch den Beweis eines unredlichen oder ganz unentgeltlichen Erwerbs abzustreiten.

Gesetz vom 8. Juli 1817. Art. 1 und 3.

Es fragt sich zweitens, ob, wenn es ihm gelänge nachzuweisen, daß die ihm entwendeten Papiere wirklich gänzlich vernichtet seien,

er dann nicht mit Erfolg auf Grund des Art. 4 des Geſetzes vom 8. Juli 1817 einen neuen Antrag auf Amortiſation derſelben ſtellen könnte. Zwar redet dieſer Artikel nur von Staatspapieren der Stadt Frankfurt. Allein da die ratio der Beſtimmung hier ganz allgemein dahin angegeben wird, daß ſonſt eine Bereicherung mit fremdem Schaden eintreten würde, ſo dürfte die Erwähnung von nur Frankfurter Stadt-Obligationen ſich daraus erklären, daß damals in Frankfurt noch keine, Papier au porteur ausgebende Privatgeſellſchaften beſtanden, während über fremde Staatspapiere natürlich nicht verfügt werden konnte. Endlich drittens ſpricht viel dafür, daß der Kläger auch dann nach Analogie des angeführten Art. 4 zu einem ſolchen Antrage berechtigt ſein würde, wenn ſeit Fälligwerden der einzelnen Dividenden die gemeinrechtliche Verjährungszeit abgelaufen wäre, ohne daß ſich ein rechtmäßiger Inhaber der entſprechenden Coupons gemeldet hätte.

26.

Gottfried Bauge jun. zu Langenſchwalbach, nunmehr deſſen Wittwe **Liſette**, geb. Diefenbach für ſich und ihre unmündigen Kinder, Kläger, wider den hieſigen Permiſſioniſten **H. L. Neugaß** (Neuwall), Beklagten, wegen Lotteriegewinnes von fl. 1100.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 25. September 1850.

In Erwägung, daß

1) beide Theile dahier mit liegenden Gütern nicht angeſeſſen, daher gegenſeitig zur Cautionsleiſtung, jedoch nur für die Streitkoſten verpflichtet ſind; daß

2) der Kläger ſchon längere Zeit bei dem Beklagten in der hieſigen Lotterie geſpielt und mit dieſem in Rechnung geſtanden hat, wie aus Anlage D zur Replik hervorgeht, daß er

3) ein Achtel des Looſes Nr. 8521 der 114ten hieſigen Lotterie jedenfalls in der erſten bis vierten Claſſe bei dem Beklagten geſpielt hat, mithin ſein Recht auf dieſes Loos für die fünfte und ſechste Claſſe an und für ſich nicht bezweifelt werden kann, daß

4) der Beklagte dem Kläger die Renovation dieſes Looſes zur dritten Claſſe ohne vorausgegangene Zahlung der zweiten Claſſe eingeſandt hatte, woraus ſich ergibt, nicht nur, daß keine Vorausbezahlung vor Einſendung der resp. Claſſen, wozu ohnehin keine rechtliche Verpflichtung für den Spieler beſteht, zwiſchen den Parteien üblich war, ſondern auch, daß der Beklagte dem Kläger ſogar bis nach den resp. Ziehungen Credit bewilligt hatte, was

5) auch aus der Annahme der Zahlung für die zweite, dritte und vierte Claſſe nach der Ziehung der letzteren, wofür doch der Beklagte das Loos nicht eingeſandt hatte, gefolgert werden muß;

in Erwägung ferner, daß

6) dieſem Sachverhalt auch das Schreiben des Beklagten vom 3. September 1848, worin er umgehend Zahlung verlangt

(welche auch am 4ten ejusdem erfolgt ist), keineswegs entgegen steht, da dieses Verlangen um so mehr nur auf die Zahlung der bereits erledigt gewesenen zweiten bis vierten Classe bezogen werden muß, als kein Grund zu der Annahme vorliegt, der Beklagte habe die in diesem Schreiben verheißene Einsendung der Renovation (zur fünften Classe) an die unstatthafte Bedingung der Vorausbezahlung dieser Classe noch vor deren Einsendung knüpfen wollen, wie denn überhaupt der Beklagte nicht für befugt erachtet werden kann, das zwischen ihm und dem Kläger bestandene Creditverhältniß im Laufe des begonnenen Spiels der 114ten Lotterie durch neue Bedingungen einseitig zu ändern und dadurch den Kläger unzeitig in eine schlimme Lage zu versetzen,

in Erwägung endlich,

7) daß der Kläger dem Beklagten, wie dieser zugibt, die Beträge der fünften und sechsten Classe jedenfalls vor Beginn der Ziehung der letzteren realiter angeboten hat, Beklagter daher zur Aushändigung des Looses zur sechsten Classe allerdings verbunden gewesen ist; und daß

8) darüber, daß auf das ganze Loos Nr. 8521 der 114ten hiesigen Lotterie in der sechsten Classe ein Gewinnst von fl. 10,000 gefallen ist, zwischen den Parteien kein Streit obwaltet;

wird zu Recht erkannt:

1) Beide Theile haben gegenseitig binnen vierzehn Tagen für die Streitkosten eine Sicherheit von fl. 75 zu leisten und zwar der Kläger bei Vermeidung, mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatz angebrachtermaßen abgewiesen zu werden.

2) Der Beklagte ist unter der Voraussetzung, daß die dem Kläger obliegende Caution geleistet werde, schuldig den auf ein Achtel des von dem Kläger gespielten Looses Nr. 8521 der 114ten hiesigen Lotterie in der sechsten Classe gefallenen Gewinnst nach planmäßigem Abzuge von 12 pCt. mit fl. 1100 sammt 5 pCt. Verzugszinsen seit mitgetheilter Klage (14. März 1850) und verursachten Kosten an den Kläger zu bezahlen.

Auf Appellation des Beklagten wurde das Erkenntniß des Stadtgerichts durch das auf Actenversendung unterm

24. Februar 1854 ergangene **Erkenntniß des Appellationsgerichts** und durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 30. Juni 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

In vorliegender Sache, zu deren Beurtheilung es der vorgängigen Einziehung der Voracten um deßhalb nicht bedurfte, weil die in der Sententia a qua gegebene Darstellung der Sach- und Prozeßlage überall nicht als unrichtig oder unvollständig vom Appellanten angefochten ist, auch mit dessen eigenen An- und Ausführungen in völligem Einklange steht, war unbedenklich die in beiden vorderen Instanzen erkannte Verurtheilung des Beklagten zu bestätigen.

Denn wäre auch in allen oder doch einzelnen Punkten demjenigen beizutreten, was Appellant gegen die sub. I und II der Entscheidungsgründe von den Verfassern der Sententia a qua gegebene Deduction theils direkt einwendet, theils schon in den Voracten bemerkt zu haben erklärt, so könnte dieß doch an dem Resultate nichts ändern, sobald nur, was auch Appellant selbst als zunächst und vor Allem entscheidend anerkennt, auf Grund und nach Maaßgabe dessen, was aus der beiderseitigen Correspondenz und dem factischen Verhalten der Parteien über Natur und Bedingung der in concreto hier gegebenen Geschäftsverbindung vorliegt, der klägerische Anspruch für begründet zu erachten ist. Nun aber sind die Argumente, womit sowohl das Stadtgerichts-Erkenntniß, als namentlich die Sententia a qua gerade in dieser Richtung die wider den Appellanten ausgesprochene Condemnatoria motivirt haben, in allen wesentlichen Punkten dergestalt für richtig und zutreffend anzuerkennen, daß im Allgemeinen eine Verweisung auf diese Motive genügen kann, insbesondere es ganz überflüssig erscheint, näher darzulegen, daß und weßhalb nach der schon seit längerer Zeit zwischen dem Erblasser der Kläger und dem Beklagten bestandenen Spiel- und Geschäftsverbindung Letzterer auch in dem Falle, daß für jede einzelne Classe nicht vor Beginn ihrer Ziehung die fälligen Einsatzbeträge eingingen, das in Frage

ſtehende Loos zu ſeines Kunden Dispoſition zu halten verbunden war. Wenn aber Appellant in jetziger Inſtanz vor Allem auf die im September 1848 zwiſchen ihm und jenem gepflogene Correſpondenz und darauf ſich ſtützt, daß ihm zwei Achtelloose der in Frage ſtehenden Nr. 8521 noch nach bereits erfolgter Ziehung zweiter Claſſe ohne Zahlung der geſchuldeten Einſätze remittirt worden ſeien, ſo iſt einerſeits dieſe Remiſſion, nachdem ſie unterm 3. September ausdrücklich vom Beklagten acceptirt und ſo durch nachträgliches gütliches Übereinkommen gebilligt worden, als Contractsbruch überall nicht mehr aufzufaſſen, und würde, ſelbſt wenn nicht genehmigt, nicht ſowohl das ganze bisherige Geſchäftsverhältniß als dadurch alterirt gelten können, ſondern nur dem Beklagten ein Anſpruch auf die Einſätze derjenigen Claſſen, in welchen noch der klägeriſche Erblaſſer jene beiden Achtelloose geſpielt hatte, beizulegen ſein. Andererſeits iſt der Brief vom 3. September, für das von Bange fortgeſpielte Achtelloos, einen ganz neuen Spielvertrag zu begründen und jeden Anſpruch auf Creditirung der Einſatzgelder zu vernichten, um ſo weniger geeignet, als darin eine unumwundene und zweifelloſe Erklärung Beklagtens, unbedingt fortan jede Art des Credits verweigern zu wollen und ſchlechthin vor Beginn jeder einzelnen Ziehung auf vorgängige Berichtigung der betreffenden Einſätze zu rechnen, dieß auch als präjudiciell für des Spielers Anrecht auf das fragliche Loos behandeln zu wollen, durchaus nicht zu befinden iſt, vielmehr dem ganzen Zuſammenhange nach und in Verbindung mit den klägeriſchen Briefen vom 22. Juli und 2. September, das gedachte Schreiben vom 3. September klar genug ergibt, daß Beklagter nur die älteren ſchon fälligen Einſätze nicht länger und zwar nicht bis zur Ziehung der ſechsten Claſſe creditiren wolle, vielmehr auf deren umgehende Einſendung rechnete, wobei denn auch, daß dieß nicht dem Wortlaute des Briefes nach durch die Poſt, ſondern ganz in der bisher unter den Parteien üblichen, ſogar in dem Briefe ſelbſt erwähnten Weiſe durch den Fuhrmann Schultz geſchah, als erheblich überall nicht gelten und am wenigſten für Nichterfüllung einer klar ausgeſprochenen und zugleich weſentlichen Bedingung ausgegeben werden kann.

27.

Der **Lehnsträger** des Münzenberg'ſchen ſogenannten Alt-Strahlenberger Erb- und Frauenlehns bei Oberrad, resp. die in deſſen Beſitz und Genuß befindlichen Lehns-Intereſſenten, Kläger, wider den **Hohen Senat**, Beklagten, wegen Anlegung eines Expropriations-Entſchädigungs-Capitals.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 7. Juni 1852.

In Erwägung, daß

I. der von beklagter Seite gegen die klägeriſche Activlegitimation zur Sache erhobene Anſtand begründet erſcheint, da die außer dem Lehnsträger in ihrer Eigenſchaft als Lehnsintereſſenten aufgetretenen in der Klage unter 1 bis 13 genannten Perſonen nicht die alleinigen Betheiligten und in dem der Replik abſchriftlich beigefügten neueſten Lehnsbriefe vom 23. December 1851 noch weitere 27 Intereſſenten aufgeführt ſind, welche daher ihre Zuſtimmung zu den von den Klägern geſtellten Anträgen zu ertheilen haben, daß

II. — — — — — —

III. was die Hauptſache anbelangt, durch das in Sachen der Bauamts-Eiſenbahn-Commiſſion, Klägerin gegen die Inhaber des Münzenberg'ſchen ſogenannten Alt-Strahlenberger-Erb- und Frauenlehns Beklagte am 10. October 1851 ergangene Decret ſowohl für die entäußerten Güterſtücke, als für den Minderwerth der den Beklagten verbliebenen Gütertheile eine Geſammtentſchädigungsſumme von fl. 44,165. 31⅓ kr. zuerkannt und deren Depoſition verfügt worden iſt, daß

IV. über die Art und Weiſe der nutzbaren Verwendung der vorgedachten Summe beide Theile ſtreitig ſind, indem Kläger deren hypothekariſche Anlage beantragen, während Beklagter darauf

beſteht, daß mit der fraglichen Summe anderweitiges dem Lehen einzuverleibendes Grundeigenthum erworben werden müſſe, daß

V. zwar die Lehnsherrſchaft befugt iſt, ihren Conſens zur Veräußerung des Lehns oder einzelner Theile deſſelben an die Bedingung zu knüpfen, daß der Erlös zum Ankauf von an die Stelle der veräußerten Objecte tretenden Grundſtücken verwendet werde, daß

VI. vorliegend aber es ſich von einer unabhängig von dem Willen des Lehnsherrn und des Vaſallen Statt gehabten Entäußerung eines Theils des Lehnsobjects, ſowie von einer Werthverminderung der übrigen Theile gehandelt hat, wofür die mehrerwähnte Entſchädigungsſumme entrichtet worden iſt, daß

VII. daher dem Lehnsherrn nur die Befugniß zugeſtanden werden kann, zu verlangen, daß jene Summe dem Lehn zugewendet, nicht aber, daß damit Grundeigenthum erworben werde, daß

VIII. die von den Klägern beantragte hypothekariſche Anlage, zu dieſem Zwecke nicht als ungeeignet anzuſehen iſt, da auch Hypotheken den Gegenſtand des Lehns bilden können,

G. L. Böhmer, Princ. jur. feud. § 77.

daß

IX. jedoch die Kläger nicht nur in der Klage die Lehnsqualität der fraglichen Summe als zweifelhaft dargeſtellt, ſondern auch ſolche in der Replik ausdrücklich beſtritten und unter der durchaus unrichtigen Unterſtellung, daß Expropriant und Lehnsherr eine und dieſelbe Perſon ſei, die Conſolidation des Dominii utilis und directi behauptet haben, daß

X. ſomit ebenſo wenig dem Beklagten anzuſinnen iſt, die gedachte hypothekariſche Anlage ohne Einverleibung der betreffenden Hypotheken in den Lehnsverband zu geſtatten, als Kläger, welche ſich deſſen weigern, befugt erſcheinen für die ſelbſtverſchuldete Entbehrung des möglichen Zinsgenuſſes aus der deponirten Summe den Beklagten in Anſpruch zu nehmen,

und daß

XI. dieſem allem nach, es auf die in der Zwiſchenzeit bis zur Erhebung der Klage gepflogenen Unterhandlungen hier nicht ankommen kann, wogegen der Umſtand, daß weder der Antrag

der Kläger noch der des Beklagten überall gerechtfertigt worden, auf den Kostenpunkt von wesentlichem Einfluß ist,

wird zu Recht erkannt:

A. Kläger haben zu den von ihnen gestellten Anträgen die Zustimmung der in dem Lehnsbriefe weiter genannten 27 Personen binnen drei Wochen nachzuweisen, bei Vermeidung mit der Klage angebrachtermaßen unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen zu werden.

B. Für den Fall der Erledigung der vorbemerkten Auflage ist die bei dem Rechneiamt deponirte Summe von fl. 44,165. 31 1/3 kr. von den Klägern und dem beklagten Theile gemeinschaftlich auf erste hiesige Hypotheken anzulegen und sind die zu erwerbenden Hypothekarforderungen als dem Münzenberg'schen sogenannten Alt-Strahlenberger-Erb- und Frauenlehn bei Oberrad angehörig, in die Hypothekenbücher einzutragen, auch werden die Kosten compensirt.

Durch **Erkenntniß des Appellationsgerichts** vom 29. April 1853 wurde, nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, das von beiden Theilen angefochtene Erkenntniß des Stadtgerichts bestätigt.

Auf beiderseits verfolgte weitere Appellation erkannte das **Ober-Appellationsgericht** unterm 21. Juli 1854:

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 29. April 1853 und das dadurch bestätigte Stadtgerichtsurtheil vom 7. Juni 1852 zwar im Übrigen zu bestätigen, darin aber auf Grund der klägerischen Beschwerden abzuändern seien, daß

1) Hoher Senat den Klägern für die denselben entgangenen Lehnsnutzungen Ersatz zu leisten verbunden und demgemäß den deponirt gewesenen Expropriations-Erlös von vier und vierzigtausend einhundert fünf und sechzig Gulden ein und dreißig ein drittel Kreuzer für die Zeit vom

23. December 1851 bis zum 27. Juni 1853 mit drei und einhalb Procent zu verzinsen schuldig sei, auch

2) die durch die Appellation der Kläger in voriger Instanz erwachsenen Kosten, soweit solche nicht durch die von denselben beantragte Actenversendung verursacht sind, zur Hälfte zu compensiren seien.

Die Kosten jetziger Instanz sind zur Hälfte gegen einander zu vergleichen und aufzuheben, wohingegen in die andere Hälfte derselben Beklagter verurtheilt wird, und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. Unter den Parteien ist allerdings nicht dieß allein streitig, ob die Verbindung des in Frage stehenden Expropriations-Capitals mit dem den Klägern verbliebenen Hauptgute in Gestalt eines sogenannten Gelddarlehns geschehen könne oder durch Verwendung der Gelder zum Ankaufe von Grundstücken die Form eines Grundlehns erhalten müsse und ob sonach die durch jene Entschädigungsgelder zu bewirkende Herstellung und Ergänzung der ursprünglichen Lehnssubstanz auch mittelst eines für das Hauptgut und auf dessen Namen zu erwerbenden, auch an dessen Besitz und Genuß gebundenen, sonach gewissermaaßen realen Hypothekenrechts, oder nur dadurch geschehen dürfe, daß die zu erkaufenden Grundstücke als Immobiliar-Pertinenzen dem Hauptgute incorporirt würden. Es waltet vielmehr auch darüber unter ihnen eine Differenz der Ansichten ob, und ist dieß beiderseits, unter näherem Eingehen auf einzelne Stellen der Lehnsgesetze, namentlich auf die seit alter Zeit vielbesprochene Stelle in

II. F. 25.

sowie unter Bezugnahme auf lehnsrechtliche Schriftsteller, für alle drei Instanzen in ausgedehntem Maaße ein Gegenstand der Deduction in den Parteischriften geworden, ob überall gedachte Entschädigungsgelder und der mit denselben in der einen oder anderen Art zu erwerbende Complex von Vermögensrechten feudaler

Qualität wären und dem für das Hauptgut fortbeſtehenden Lehnsnexus als integrirender Theil unterliegen müßten, oder ob vielmehr dem fraglichen Expropriations-Capitale, wenn nicht ganz, wenigſtens theilweiſe, gegenüber dem Hohen Senat als der Lehnsherrſchaft des Hauptgutes, allodiale Qualität beizulegen ſei und ob nicht die Grundſtücke, Inſätze oder ſonſtige Vermögensſtücke, welche damit neu erworben werden möchten, immer nur eine ſogenannte allodiale Lehnspertinenz würden bilden können.

Es haben jedoch

1) einerſeits die Kläger in dieſer Beziehung auf bloßen Vorbehalt der ihnen für ihre Perſon resp. ihren Nachfolgern im Beſitze und Genuſſe des Hauptlehnsgutes und aller ſonſtigen vaſalitiſchen Lehnsintereſſenten etwa zuſtändigen Gerechtſame ſich beſchränkt und haben ſie damit den Letzteren resp. ſich ſelbſt nur die rechtliche Möglichkeit offen halten wollen, jene Allodialqualität der fraglichen Gelder resp. der damit zu gewinnenden Pertinenzen geeigneten Falls, ſei es nun während fortbeſtehendem Lehnsnexus des Hauptgutes, oder wenn dieſer durch Apertur, Allodification oder wie ſonſt aufhören ſollte, immer noch gegen die Lehnsherrſchaft geltend machen zu können, welche ſonſt etwa aus den gegenwärtigen Verhandlungen ein Anerkenntniß der Lehnsbarkeit jener Pertinenzen, oder einen Verzicht auf die aus deren Allodialität ſich ergebenden Befugniſſe und Vortheile herzuleiten veranlaßt ſein könnte. Daß nur in dieſem Sinne der in Rede ſtehende Vorbehalt gemacht, keineswegs aber direkt und poſitiv die feudale Qualität jener Güter beſtritten worden ſei, ergibt ſich, ganz abgeſehen davon, daß von Seiten resp. zu Gunſten des Hohen Senats, nicht aber von den Klägern dieſer Streitpunkt zuerſt angeregt wurde, aus der Faſſung der deßfallſigen, theils in dem Vorprozeſſe, theils in den Vorſtellungen an den Hohen Senat, theils in den jetzigen Verhandlungen vorkommenden, mit beſtimmten Anträgen nirgends verbundenen reſervatoriſchen Erklärungen zur Genüge, und ſei in dieſer Hinſicht daher nur bemerkt, wie Kläger mit Recht in Abrede nehmen, was das Stadtgerichts-Erkenntniß ausgeſprochen hatte, daß ſie nämlich replicando die Lehnsqualität der Entſchädigungsſumme ausdrücklich beſtritten hätten, und daß

ſie für den Expropriations-Erlös und auf vaſalitiſcher Seite, während doch nur für das der Stadt Frankfurt zuerkannte und überwieſene Expropriations-Areal davon die Rede geweſen war, eine consolidatio dominii directi et utilis behauptet hätten.

Andererſeits haben

2) Kläger von Anfang an trotz jenem Vorbehalte ſich damit einverſtanden erklärt, daß, wie auch die zinsbare Anlegung der Expropriationsgelder geſchehen möchte, der deßfallſige Erwerb als für das Lehnsgut eingetreten gelten und dieſelbe rechtliche Eigenſchaft haben ſolle, welche dem Entſchädigungs-Capitale beiwohne. Damit war die bleibende Zubehörigkeit jener Gelder zum Lehn und daß ſie ein Surrogat des in Folge der Expropriation verloren gegangenen Areals bildeten, ebenſo beſtimmt anerkannt, als die Möglichkeit einer nur zum Beſten der dermaligen Lehnsbeſitzer gereichenden, dagegen den übrigen Lehnsintereſſenten, den Lehnsfolgern wie der Lehnsherrſchaft präjudicirlichen Dispoſition.

Da nun auch die Kläger zugleich zu ausreichenden Sicherheitsmaaßregeln gegen derartige Dispoſitionen bereit waren, ſo kann man nicht füglich ſagen, daß ſie nur de facto oder vorläufig zu einem Anlegen der Gelder als Lehn erbötig geweſen ſeien. Vielmehr iſt, vollends wenn man die in concreto obwaltende Unwahrſcheinlichkeit einer Lehnsapertur bedenkt, mit welchem Momente doch erſt der Unterſchied feudaler und allodialer Lehnspertinenzen für die Lehnsherrſchaft praktiſche Bedeutung gewinnt, die Lage der Sache weſentlich dieſelbe, wie wenn ſtillſchweigend und ohne Weiteres Kläger ſich dem Verlangen der Lehnsherrſchaft gefügt hätten; nur daß die, übrigens auch ſolchen Falls weder den dermaligen noch den ſpäteren Lehns-Intereſſenten verſchloſſene Möglichkeit beſtimmter in Ausſicht geſtellt war, daß die Frage wegen Allodialität oder Feudalität der neu erworbenen Lehnspertinenzen noch zum Gegenſtand eines weitern Rechtsſtreites mit der Lehnsherrſchaft geeigneten Falls und je nach Ermeſſen des einen oder anderen Theils werden könnte, von welchem für die Lehnsherrſchaft vielleicht präjudizirlichen Rechtsſtreite auch nicht einmal mit der Facultät zu ſagen iſt, daß der Senat die Mittel zu deſſen Führung den Klägern durch erzwungene Zuſtimmung

zur zinsbaren Anlage der Expropriations-Gelder seinerseits habe gewähren sollen oder verschaffen würde, indem ganz abgesehen von der sonstigen Vermögenslage der jetzigen Kläger, die Lehnsinteressenten ohnehin durch die Intraden des Hauptguts ebenso zu Prozeßführung in den Stand gesetzt waren, als sie auf die Lehnsnutzungen und in Betreff ihrer Verwendung ein alleiniges und unbeschränktes Recht haben.

Endlich kommt

3) noch in Betracht, daß Kläger, obschon ohne Rücknahme ihres Vorbehalts und insofern auch ohne Präjudiz für ihr Recht auf die nur in rationibus zu ihren Ungunsten beurtheilte und hienach noch keineswegs als rechtskräftig entschieden zu erachtende Allodialitätsfrage zurückzukommen — gegen die Bestimmung des Stadtgerichts-Erkenntnisses, wonach die hypothekarische Anlegung der Gelder „von den Klägern und dem beklagten Theile gemeinschaftlich" geschehen und jede so erworbene Hypothekarforderung, als „dem Münzenberg'schen sogenannten Alt-Strahlenberger-Erb und Frauenlehn bei Oberrad angehörig" eingetragen werden soll, in letzterer Beziehung überall nicht gravaminirt, in ersterer wenigstens ihre beim Appellationsgericht aufgestellte Beschwerde nicht weiter verfolgt haben, daß sie sonach auch in so weit der von ihnen vertretenen Ansicht, es sei eine feudale Qualität der fraglichen Entschädigungsgelder nicht anzuerkennen, vorerst keine Folge zu geben, sich geneigt zeigen.

Bei dieser vorstehend herausgehobenen Sachlage kann es denn keinen Anstand haben, von dem mehrerwähnten Streitpunkt über Allodialität oder Feudalität der Entschädigungsgelder und der damit zu erwerbenden Lehnspertinenzen gegenwärtig bei Beurtheilung der beiderseitigen Appellation ganz abzusehen und die wegen Anlegung jener Gelder obwaltende Differenz so zu prüfen, wie wenn die Parteien über deren feudale Qualität und darüber einverstanden wären, daß der Erwerb, in welcher Weise immer stattfindend, eine Ergänzung und Erweiterung des Hauptguts durch lehnbare Lehnspertinenzen zur Folge haben müsse, und ist nur dieß noch zu bemerken, daß, wenn selbst von solchem Standpunkte aus der von den Klägern verfolgte Anspruch auf Zinsbarmachung

jener Gelder durch hypothekarische Anlegung gerechtfertigt erscheint, vollends dann über den Ungrund des beklagtischen Widerspruchs gegen solche Anlegung und über die Unstattnehmigkeit des Verlangens, daß nur zum Ankauf von Grund und Boden jene Gelder verwendet würden, kein Zweifel obwalten kann, wenn die für das expropriirte Areal gezahlte Entschädigung als allodialer Erwerb der Lehnsinteressenten, ganz oder doch theilweise, wie Kläger behaupten, zu erachten wäre.

Anlangend nun zuvörderst

II. die Hauptstreitfrage, ob die Anlegung gedachter Gelder nur in Grundstücken oder auch in Zusätzen zu geschehen habe, welche den Gegenstand der beklagtischen Appellation und zugleich einen Präjudizialpunkt für den von den Klägern durch ihre Appellation weiter verfolgten Zinsenanspruch bildet, so war

A. das Prinzipal-Gravamen des Beklagten, daß überhaupt die hypothekarische Anlegung für statthaft in den beiden vorderen Instanzen erklärt worden sei, unbedenklich als völlig unbegründet zu verwerfen.

1) Die zins- und nutzbare Wiederanlegung des fraglichen aus unfreiwilligem Verkauf einzelner Parzellen des Hauptguts gewonnenen Erlöses kann, wenn gleich in Folge einer Alienation eintretend und für das Lehn im Ganzen auch eine Veränderung der Substanz mit sich führend, doch selbst dieserhalb noch nicht als Disposition über letztere, oder als wirkliche Alienation, geschweige denn als Deterioration behandelt werden. Sie bildet vielmehr nichts als einen Administrationsact zu thunlichster Ausgleichung der wider Willen des Besitzers herbeigeführten Veränderung der Substanz und des damit etwa gegebenen an sich unvermeidlichen Schadens, sowie zur Realisirung des an dem gesammten Gut und allem Zubehör desselben zuständigen Nutzungsrechts, was, wenn überall näherer Ausführung bedürftig, solche schon früher, wenn auch nur bezüglich eines Fideicommiß-Guts durch das hieselbst in der Frankf. Sache von Wiesenhütten ca. Leonhardi *) ergangene Erkenntniß vom 28. September 1850 gefunden hat.

*) Siehe Seite 293.

Nun aber ist

2) das dem Lehnsinhaber zuständige Verwaltungs- und Nutzungsrecht anerkanntermaaßen

Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts. § 91, vergl. mit 89 und 92.

Mayr, Handbuch des Lehnrechts. § 119.

ein ebenso umfassendes und an sich unbeschränktes, als umgekehrt sein Dispositions- und Alienationsrecht, obschon ein solches ihm nicht gänzlich fehlt, doch in Folge der lehnsherrlichen Rechte und wegen der Anrechte der Lehnsfolger vielfachen und sehr verschiedenartigen, hier nicht näher zu erörternden Beschränkungen unterliegt. Nicht minder gebührt jenes Doppelrecht, während bei Dispositionsacten für deren Statthaftigkeit resp. Rechtsbestand und Wirkung Concurrenz oder doch Consens der übrigen Lehnspersonen erforderlich resp. dienlich ist, dem Vasallen allein mit Ausschluß Jener, so lange nicht etwa die einzelne Nutzungs- oder Verwaltungsart entweder zugleich den Charakter einer partiellen Alienation gewinnt, oder eine Deterioration des Lehnguts in sich schließt resp. nach sich zieht, welchen letzteren Falls der Lehnsherrschaft sogar das Recht einer prohibitorischen sofortigen Intervention zusteht, die Lehnsfolger dagegen wenigstens einen Entschädigungsanspruch bei demnächstigem Lehnsanfalle hätten und zu alsbaldiger Reservation deßfalls befugt wären. Abgesehen daher von diesem letztgedachten Fall ist der Vasall zu allen Administrationsacten berechtigt, welche auf Nutzung und Nutzbarmachung des Lehns berechnet sind und selbst, wo für deren Vornahme keine absolute, von dem Willen des Vasallen ganz unabhängige Nothwendigkeit gegeben ist, kann es darauf allein ankommen, ob jene Verwaltungmaaßregel wirthschaftlich gerechtfertigt erscheint und mit dem Verfahren eines guten Hausvaters vereinbar ist, so daß der Lehnsherrschaft weder überhaupt ein Recht des Widerspruchs, noch selbst nur dieß zugestanden werden kann, für ihre individuelle Meinung über die Angemessenheit der in Frage stehenden Verwaltungsmaaßregel Berücksichtigung oder gar unbedingten Vorzug vor den Ab- und Ansichten des Vasallen ansprechen zu dürfen.

Diesen Grundsätzen hat denn auch das Ober-Appellationsgericht bereits

3) in dem oben erwähnten Präjudicate ſowohl Ausdruck als dahin Folge gegeben, daß der Fideicommiß-Beſitzer nicht einmal an Anlegung von Expropriations-Geldern in ſoliden Staatspapieren durch Einſpruch des Fideicommiß-Anwärters behindert werden könne, daß dieß vielmehr eine wirthſchaftlich völlig gerechtfertigte Verwaltungsmaaßregel ſei, welche, wenn auch an ſich derartiger Nutzbarmachung des Expropriations-Erlöſes eine hypothekariſche Anlegung deſſelben, dieſer letzteren wieder die Verwendung zu Grundankauf vorzuziehen ſein dürfte, gleichwohl dem Fideicommiß-Inhaber durchaus freiſteht, ſobald ſich zu einer Nutzbarmachung der letzteren Art entweder überall nicht, oder nicht alsbald und zeitig genug Anlaß darbiete, ja ſelbſt wenn nur die hiezu dargebotene Gelegenheit nach den concreten Umſtänden und Bedingungen ſich ſeines Ermeſſens für eine vortheilhafte und wirthſchaftlich gerechtfertigte Geldanlage nicht erachten ließe. Nun kann es aber einerſeits

a) kein Bedenken haben bei einem Lehnsbeſitz und zu Gunſten ſeines Inhabers von jenen Grundſätzen analoge Anwendung zu machen. Denn bei aller ſonſtigen, namentlich durch die perſönlichen und realen Rechte der Lehnsherrſchaft gegebenen Differenz zwiſchen Lehn- und Familien-Fideicommiß beſteht doch in Bezug auf die Inalienabilität und durch die Anrechte der zur Succeſſion berufenen Familienglieder gegebene Dauer und Unveränderlichkeit des Rechtsverhältniſſes eine weſentliche Gleichheit beider Inſtitute und hinſichtlich des Nutzungs- wie Verwaltungsrechts, ſowie in Betreff aller darauf baſirenden Vortheile, Befugniſſe, Handlungen u. ſ. w. iſt zwiſchen dem Lehns- und Fideicommiß-Beſitzer eigentlich nur die Differenz anzuerkennen, daß Jener, obſchon er kein dominium verum et plenum an dem Lehn hat, doch für ſich allein und ohne Weiteres dazu befugt iſt, der Andere ein Mehreres nicht anſprechen kann, ungeachtet ihm ein dominium verum, wenn auch limitatum und kein bloßes dominium utile beizulegen iſt. Andererſeits

b) bedarf es nicht erſt beſonderer Erörterung, daß, wenn ſogar eine Geldanlage in ſoliden Staatspapieren als eine Maaßregel zu gelten hat, welche innerhalb der ſelbſtſtändigen Verwaltungsbefugniß eines Fideicommiß-Beſitzers oder Lehninhabers liegt,

die Verwendung von aus dem Lehn ꝛc. gewonnenen Geldern auf Erwerb von erſten Inſätzen noch viel mehr als wirthſchaftlich gerechtfertigt ſich darſtellt und vollends nicht durch einſeitigen Widerſpruch des Lehnsherrn gehindert werden, oder an deſſen Conſens gebunden ſein kann.

Darnach müßten denn in concreto

4) für das von der Lehnsherrſchaft geſtellte und ſo entſchieden vertretene Verlangen, daß nur in Grund und Boden der fragliche Expropriations-Erlös wieder angelegt werde, ſowie gegen die in den vorderen Inſtanzen als zuläſſig anerkannte hypothekariſche Nutzbarmachung ganz beſondere Bedenken in juriſtiſcher Hinſicht relevirt ſein oder in factiſcher Beziehung obwalten, um von den obigen zu einer Confirmatoria nothwendig führenden allgemeinen Grundſätzen abzuſehen. Dieß aber iſt durchaus zu verneinen.

Wenn nämlich zunächſt

a) Seitens der Lehnsherrſchaft darauf Gewicht gelegt wird, daß überhaupt Grundlehn die Regel bildeten, ein Geldlehn aber, in welcher Form immer realiſirt, als Ausnahme zu gelten habe, und ſchon deßhalb deſſen Errichtung an den Conſens der Lehnsherrſchaft gebunden ſein müſſe, ſo iſt nicht zu überſehen, wie es ſich hier gar nicht um Errichtung eines neuen Lehns, ſondern nur darum handelt, in welcher Maaße mit dem nach wie vor Grundlehn bleibenden Hauptgute des Strahlenberger Hofs das Surrogat der davon getrennten Parzellen als Acceſſorium und Pertinenz verbunden werden ſolle, ob in der Geſtalt eines nutzbringenden Realrechts, oder in Form einer Areal-Erweiterung. Ferner kann

b) das der Lehnsherrſchaft allerdings einzuräumende und auch in gegenwärtigem Falle durch die hohe Unwahrſcheinlichkeit jemaliger Apertur an ſich nicht alterirte Recht auf Conſervation des Lehnguts in ſeiner weſentlichen Subſtanz und urſprünglichen Geſtalt, theils nur in Betreff ſolcher Umwandlungen zu einem Widerſpruche berechtigen, welche lediglich in dem Belieben der Lehnsbeſitzer ihren Grund hätten, während doch die hier in Frage ſtehende Änderung eben nur als eine in Folge des geſetzlichen Expropriations-Zwangs eintretende äußere und unvermeidliche

Nothwendigkeit ſich darſtellt, theils könnte das bloß eventuelle Recht der Lehnsherrſchaft auf dereinſtigen Rückerwerb des Lehns in gleicher Qualität und Quantität doch nicht vor dem actuellen Recht des Vaſallen auf ununterbrochene vollſtändige und thunlichſt unbeſchränkte Nutzung des Lehns den Vorzug verdienen und dahin führen, daß bloß zur Sicherung der äußern Geſtalt des Lehns für die Zeit der Apertur dasjenige Capital, welches aus dem entzogenen Areal erwachſen iſt und ein Surrogat des Verlornen, ſowie eine unbeſtrittene Pertinenz des Hauptguts bilden ſoll, auf längere und noch dazu auf unbeſtimmte Zeit ganz nutzungslos ſollte liegen bleiben müſſen. Dieß würde weder überhaupt dem Vaſallen ohne Ungerechtigkeit anzuſinnen ſein, noch mit der auch das Lehnsvermögen betreffenden Verpflichtung zur ſogenannten Lehnsprotection in Einklang ſtehen. Es wird daher die Rückſicht auf das Heimfallsrecht nicht weiter führen können, als daß auch für das zum Grundlehn hinzutretende Capitalvermögen die Vaſallenſchaft auf bloße Nutznug beſchränkt bleibe und an jeder einſeitigen und anderweiten Verfügung über daſſelbe gehindert werde, gegen ſpätern Verluſt aber des aus dem Lehn herrührenden Gelderlöſes die Lehnsherrſchaft thunlichſte Sicherſtellung erhalte und alles dieß iſt von den Klägern ſowohl von vornherein angeboten worden, als auch durch die in den vorderen Erkenntniſſen wegen der Geldanlegung getroffenen Beſtimmungen ausreichend geſchehen, bei welchen klägeriſcher Seits man ſich beruhigt hat.

Wenn ſodann

c) auch noch dieß beſonders relevirt worden iſt, daß ländlicher Grundbeſitz von höherem Werthe ſei und eine Werthsſteigerung aller Erfahrung nach im Laufe der Zeit erwarten laſſe, daß auch Erwerb eines ſolchen im Frankfurtiſchen Gebiet nichts weniger als unthunlich wäre, ſo mag letzteres, trotz aller deßfalls aus den ſehr ſpeciellen Angaben der Kläger über die Frankfurter Areal-Verhältniſſe entſtehenden Bedenken dem Fiscale zugegeben werden. Immer aber hat doch die Lehnsherrſchaft kein Recht auf etwanige Vortheile, welche möglicherweiſe dereinſt bei eintretender Apertur aus einer beſtimmten Verwendung oder Verwaltung des Lehnsvermögens für ſie mittelbar erwachſen könnten, ſondern ſie ſoll

nur, ſoweit dieß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge thunlich iſt, gegen willkürliche Verſchlechterung des urſprünglichen Lehnsbeſtandes geſichert ſein. Außerdem kann auch, weil die Lehnsintereſſenten theils auf den jährlich wiederkehrenden Ertrag ſich beſchränkt ſehen, theils aus dem etwa ſich ſteigernden Grundwerth auch für die Zukunft keinen Erſatz zu hoffen haben, unmöglich denſelben, trotz ihres unbeſtreitbaren Rechts auf beſtmöglichſte Nutzung des Lehns, eine areale Erweiterung des Hauptguts unter ſolchen Bedingungen angeſonnen werden, wobei der zu gewärtigende Grundertrag gar nicht mehr zu dem Kaufpreis in richtigem Verhältniſſe ſtände.

Ebenſo wenig verdient

d) der Einwand Beachtung oder nähere Widerlegung, es böten Inſätze keine volle und nicht einmal ausreichende Sicherheit dar und würde Behufs, wie in Folge derartigen Erwerbs die Lehnsherrſchaft zu einer Mitwirkung bei der Verwaltung des Lehnsvermögens ſich genöthigt ſehen.

Anbelangend aber

e) die Berufung auf den von einzelnen Lehnsintereſſenten eingereichten, übrigens längſt weſentlich modificirten Proteſt, ſo liegt hievin nicht bloß offenſichtlich eine exceptio ex jure tertii, ſondern auch ein an ſich ganz unerheblicher Einwand. Denn da die Urheber gedachten Proteſtes eigenem Geſtändniſſe nach im Nutznießungsbeſitze ſich nicht befinden, auch ein deßfallſiges Recht kaum noch zu behaupten wagen, ſo haben ſie höchſtens ein eventuelles künftiges Anfallsrecht und daher nur ähnliche Anſprüche, wie die Lehnsherrſchaft. Außerdem aber würden ſie auch, wenn wirklich mitberechtigt zur Nutzung und gleich den Klägern als Lehnsintereſſenten zu betrachten, nach der hier obwaltenden, nicht nach Analogie des gewöhnlichen Condominii zu beurtheilenden, ſondern einem Corporationsverhältniſſe vergleichbaren Gemeinſchaft, durch einſeitigen Widerſpruch den Beſchluß der Majorität zu behindern, ſchwerlich für befugt gelten können.

So liegt denn durchaus kein Grund vor, von dem abzuweichen, was ſich nach der Ausführung sub 1 — 3 aus allgemeinen Grundſätzen über das Recht auf und zu Nutzbarmachung der Expropria-

tions-Gelder mittelſt Anlegung in Inſätzen ergibt. Es erſcheint vielmehr, ſoviel das Reſultat anbelangt, zu welchem die früheren Urtheilsverfaſſer gelangt ſind, in aller Weiſe gerechtfertigt, wenn die beklagtiſche Behauptung nur in Grund und Boden könne und dürfe das Entſchädigungs-Capital zum Beſten des Lehns angelegt werden, als grundlos verworfen worden iſt. Daher war denn, indem über die Art, wie Inhalts des Stadtgerichts-Erkenntniſſes die hypothekariſche Anlage zu bewirken iſt, Kläger ſich nicht beſchwert haben, es alſo ganz auf ſich beruhen zu bleiben hat, ob auch in dieſer Hinſicht der in den vorderen Inſtanzen ergangenen Entſcheidung und ihrer Begründung beizutreten wäre, die Sententia a qua hinſichtlich des Hauptſtreitpunkts unbedenklich zu beſtätigen und zwar um ſo mehr, als

B. das beklagtiſche Eventual-Gravamen, daß nicht die hypothekariſche Unterbringung des ſtreitigen Capitals bloß interimiſtiſch und bis ſich zum Ankauf geeignete Grundſtücke darböten, zwar für formell unſtatthaft nicht zu erklären ſein dürfte, aber alles materiellen Grundes entbehrt.

Denn ſobald Kläger nach dem Obigen kraft ihres Nutzungs- und Verwaltungsrechtes zu hypothekariſcher, wie überhaupt zu jeder wirthſchaftlich gerechtfertigten Anlegung der Gelder ſchlechthin und eigentlich für ſich allein ſchon befugt ſind, muß es auch ihrem Intereſſe und wirthſchaftlichen Ermeſſen anheimgeſtellt bleiben, ob ſie die Inſatzgelder bei ſich darbietender Gelegenheit wieder zu Grunderwerb benutzen wollen und können, und jede deßfalls ihnen durch Urtheilsſpruch auferlegte Verpflichtung würde bei der Divergenz des von beiden Theilen vertretenen, dort auf möglichſte Rentabilität, hier auf bleibenden und ſichern Capitalwerth gerichteten Intereſſes und bei der Unthunlichkeit darüber, ob eine ſich darbietende Ankaufsgelegenheit zugleich eine geeignete und empfehlenswerthe ſei, leitende Principien aufzuſtellen, nur zu Weiterungen aller Art und zu neuen Differenzen führen.

Verwerflich wie hienach die beklagtiſche Appellation zu erachten war, erſcheint dagegen

III. die Beſchwerdeführung der Kläger, daß der von ihnen auf Zinſenvergütung resp. Entſchädigung erhobene Anſpruch durch

das Stadtgerichts-Erkenntniß in rationibus für unbegründet erklärt und ſtillſchweigend in deciso verworfen, ihre beßfallſige zweite Beſchwerde voriger Inſtanz aber in der Sententia a qua für hinfällig erklärt worden ſei, als wohlbegründet.

Soviel hier zuvörderſt

A. die Frage anbetrifft, ob überhaupt Kläger für den Zinſenverluſt, welcher bei fortdauerndem Widerſpruch des Senats gegen jede andere Anlegung der fraglichen Expropriations-Gelder, als in Grund und Boden, aus deren Depoſition für ſie erwachſen ſei, einen rechtsbegründeten Anſpruch und zwar gerade wider die Lehnsherrſchaft haben, ſo iſt zwar

1) gelegentlich in den klägeriſchen Parteiſchriften von einer mora der Lehnsherrſchaft, von Nichterfüllung einer ihr obgelegenen Verbindlichkeit, ſowie von Contraventionen derſelben und auch davon die Rede, daß die Stadt, welche eigentlich die Lehnsherrſchaft ſei und nur auch in ſolchem Betracht von dem Hohen Senate vertreten werde, den Klägern die ihnen gebührenden Zinſen von dem Expropriations-Erlöſe vorenthalten und ſelbſt bezogen habe. Darnach gewinnt es denn, im Beihalte des principaliter darauf geſtellten Klag-Petitums den Senat für ſchuldig zu erkennen:

„die Zinſen mit 5, wenigſtens 4 pCt. und zwar von (näher angelegenen Tagen) ab zu vergüten,"

allerdings den Anſchein, als werde die fragliche Forderung lediglich unter den Geſichtspunkt eines Zinſenanſpruchs geſtellt und ob ſolchenfalls eine ausreichende causa debendi vorliege, mußte mehr als zweifelhaft erſcheinen.

Allein

2) nach dem ganzen Zuſammenhange der Klagſchrift, verbunden damit, daß das Petitum derſelben zugleich auf „Entſchädigung cum omni causa et interesse" und darauf „allen Schaden zu vergüten" geſtellt iſt, ſowie nach Inhalt der Replik und des klägeriſchen Libells voriger Inſtanz kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das eigentliche Fundament des hier fraglichen Anſpruchs nur darin geſetzt wird, es ſei durch unbegründeten Widerſpruch des Senats die zinsbare Anlegung der Expropriations-Gelder behindert

und verzögert, dadurch aber eine widerrechtliche Beschädigung den Klägern von Senatswegen zugefügt worden. Es handelt sich sonach hier lediglich um eine Schadensersatzforderung, wobei nur das verletzte Interesse und der erlittene Schaden nach den im Fall der Anlage-Gestattung zu gewärtigenden Zinsen berechnet ist und festgestellt werden soll. Von diesem Gesichtspunkte aus kann aber

a) von materieller Grundlosigkeit des erhobenen Anspruchs nach dem Resultate, zu welchem man bezüglich des sub II. erörterten Hauptstreitpunkts gelangt, nicht die Rede sein.

Denn wenn auch

α) an sich selbst die gerichtliche Deposition jenes Expropriations-Erlöses (welche übrigens nach klarem Inhalt der Acten nur auf Veranlassung und im Interesse des Senats als Lehnsherrn sowohl beantragt als erkannt ist und welche daher, obschon von der Banamts-Eisenbahn-Commission beschafft, in keiner Weise als eine, dem Senat ganz fremde und unpräjudizirliche res inter alios gesta in den jetzigen Verhandlungen hätte behandelt werden sollen) nach Inhalt der Expropriations-Gesetzgebung und wegen der über die lehnsherrlichen Rechte an den fraglichen Geldern obwaltenden Differenzen durchaus gerechtfertigt erscheint, so hätte doch

β) bei dem gänzlichen Ungrunde der Prätension, daß die deponirten Expropriations-Gelder nur mittelst Grundankaufs wieder nutzbar angelegt werden könnten und bei dem unzweifelhaften Rechte der Kläger, sowohl auf die Nutzungen des Lehns überhaupt, als auf die aus jenem Erlöse zu gewinnenden Einkünfte, Seitens der Lehnsherrschaft dem klägerischen Antrage, das Depositum Behufs geeigneter nutzbarer Anlegung für das Lehn verabfolgen zu lassen, kein Widerspruch entgegengestellt, vielmehr sofort um so mehr gefügt werden sollen, als dieser Antrag, wie schon bemerkt, mit dem Erbieten zu ausreichender Sicherheit der Lehnsherrschaft wie aller künftiger Lehnsinteressenten und mit deßfallsigen ganz geeigneten Vorschlägen verbunden war. Die Fortdauer der Deposition erscheint daher allerdings als Rechtsverletzung und der hieraus für Kläger erwachsene Nachtheil als eine zu Ersatz berechtigende rechtswidrige Beschädigung. Nun aber kann

γ) darüber, daß der Senat gerade in seiner Eigenschaft als

Lehnsherrschaft die Hinausgabe der deponirten Gelder an die Kläger zu der von ihnen beabsichtigten, so angemessenen, als berechtigten Zinsbarmachung versagt und verhindert habe, gar kein Zweifel bestehen,

— — — — —

Ebenso wenig wird es

δ) weiteren Nachweises bedürfen, daß Kläger, wenn ihnen freie Verfügung über jene Gelder zugestanden worden wäre, solche alsbald hätten zinsbar machen und Insätze von ausreichender Sicherheit, deren ja auch die Eingabe vom 9. December 1851 eine ganze Reihe von zusammen über fl. 100,000 specificirt, würden alsbald haben erwerben können.

Unerheblich ist weiter

ε) der Seitens der Kläger wegen Allodialität der Gelder gemachte Vorbehalt, indem die zinsbare Anlegung ja nur für das Lehn und unter Modalitäten beantragt war, welche der Lehnsherrschaft ausreichende Sicherheit dafür gewährt hätten, daß Kläger in Folge dieser Anlegung eben nur ihr unbestreitbares Nutzungsrecht geltend machen könnten, außerdem auch von Senatswegen in keiner Weise selbst nur angedeutet worden ist, daß man, sobald die Feudalität anerkannt würde, zur Bewilligung hypothekarischer Anlegung geneigt wäre.

Endlich läßt sich auch

ϑ) darauf kein dem klägerischen Anspruche präjudizirliches Gewicht legen, daß erst im Laufe des jetzigen Prozesses die klägerische Sach- und Prozeß-Legitimation geordnet worden ist. Denn abgesehen davon, daß in solcher Richtung bei den außergerichtlichen Verhandlungen mit Hohem Senat gleichfalls keinerlei Anstand Seitens des Letzteren erhoben oder irgend ein Verlangen geäußert wurde, darf einerseits nicht unbeachtet bleiben, wie die zinsbare Wiederanlegung der Expropriations-Gelder und die deßfallsige Verhandlung mit der Lehnsherrschaft doch nur Folge des Expropriations-Prozesses war, in diesem aber Dr. S. als Vertreter und Sachführer der „gegenwärtigen Lehnsinteressenten" sich durch Vollmachten und durch ein „im Auftrage Hoher Senatsdeputation als Lehnshof" von der Stadtkanzlei ausgestelltes Attest dergestalt

ausgewieſen hatte und ſo unumwunden anerkannt worden war, daß eine weitere Beſtreitung des Legitimationspunkts überall nicht von ihm gewärtigt werden konnte. Andererſeits läßt ſich nicht bezweifeln, daß für einen Adminiſtrationsact, wie ihn, abgeſehen von dem deßfalls erwachſenen gegenwärtigen Prozeß und an ſich die Zinsbarmachung jener Gelder gewiß bildet, und daß ebenſo für bloß außergerichtliche Verhandlung der Sache jedem Einzelnen der im Lehnsgenuſſe befindlichen und hiemit durch die unbegründete Fortdauer der Depoſition in ihren perſönlichen Rechten mitverletzten Intereſſenten und Familienglieder, ſonach auch dem Lehnsträger zum Betrieb der Sache die Befugniß zugeſtanden werden müßte, den vom Lehnsgenuß ausgeſchloſſenen, bloß eventuell folgeberechtigten Angehörigen der vaſallitiſchen Familie dagegen ein Recht des Conſenſes und der Concurrenz ganz zu verſagen geweſen wäre, wonach denn der damalige Mangel einer von allen Lehnsintereſſenten ausgegangenen Bevollmächtigung oder der von Einzelnen erhobene ausdrückliche Proteſt vom materiellen Geſichspunkt aus die Sache betrachtet, die aus der unbegründeten Verweigerung hypothekariſcher Geldanlage reſultirende Entſchädigungspflicht der Lehnsherrſchaft nicht zu alteriren vermag.

Nun entſteht freilich noch

b) das formelle Bedenken, in Betreff dieſer Entſchädigungsfrage, ob nicht dadurch, daß das Stadtgerichts-Erkenntniß die Kläger sub A. verurtheilte „zu den von ihnen geſtellten Anträgen die Zuſtimmung der im Lehnsbriefe weiter genannten 27 Perſonen" alſo aller Lehnsintereſſenten nachzuweiſen, daß auch sub B. nur „für den Fall der Erledigung der vorſtehenden Auflage" auf hypothekariſche Anlegung der fraglichen Gelder und dabei nur auf „gemeinſchaftliche" auch bloß unter der Maaßgabe erkannt worden iſt, die Inſätze als dem „Alt-Strahlenberger-Lehn angehörig" einzutragen, daß nun aber gegen alle dieſe Beſtimmungen Kläger Beſchwerdeführung theils überall nicht erhoben, theils nicht verfolgten, rechtskräftig und unabänderlich feſtgeſtellt ſein möchte, es ſei Conſens aller Betheiligten und Anerkennung der feudalen Qualität jener Gelder die Bedingung und Vorausſetzung, unter welcher allein Anlegung der Gelder in Inſätzen hätte verlangt

werden können und vom Senate zu bewilligen gewesen wäre, also auch wegen deßfallsiger Weigerung keine Entschädigungspflicht eintreten könne.

Allein zunächst ist doch

α) von den Klägern dawider, daß sie auf Ersatz der verlorenen Zinsen keinen Anspruch haben sollten, Beschwerde geführt und insoweit, als ihre deßfallsige Abweisung gerade darauf gestützt ist, daß alle Lehnsinteressenten hätten zugezogen werden müssen und daß jenes Capital feudaler Natur sei, diese Qualität auch hätte anerkannt werden müssen, wird daher eben auch diese letztere Entscheidung, weil das Element und Fundament des angegriffenen decisi bildend, für angefochten und von der Rechtskraft abgehalten zu erachten sein. Außerdem hat das Stadtgericht

β) jene Auflage zu Berichtigung der Activ-Sachlegitimation nur unter dem Präjudize gemacht, daß sonst die Klage angebrachtermaaßen werde abgewiesen werden, jenen Mangel also ganz von dem Gesichtspunkt einer bloß dilatorischen Einrede aus behandelt, bei welchem nachträgliche Erledigung mit rückwirkender Kraft verbunden ist. Auch ergeben

γ) die Acten, aus welchen doch obgedachtes Decisum zu interpretiren wäre, nicht bloß, daß die Zinsenersatzforderung, wie sie überhaupt lediglich als Accessorium des Hauptantrags behandelt ist, mit klaren Worten in erster Instanz jenem Mangel des Consenses aller Lehnsinteressenten opponirt wurde, sondern auch, daß die Activ-Legitimation des Lehnsträgers nur in formell-prozessualischem Betrachte und in der Richtung bestritten worden ist, es dürfte der gegenwärtige Prozeß, wenn nicht von allen Lehnsinteressenten geführt, an unheilbarer Nichtigkeit leiden.

Unter solchen Umständen ist denn dem nicht weiter angefochtenen Decisum sub A. sowohl an sich, als auch für das Decisum sub B. keine andere und weitere Bedeutung und Wirkung beizulegen, als daß die Beibringung der verlangten Consense zu einer formellen und prozessualischen Nothwendigkeit für Vollstreckung der gegen die Lehnsherrschaft ergangenen condemnatoria geworden ist. Da es nun durante processu sowohl zur Vorlage der annoch für nothwendig erachteten Consensurkunden, als auch vorbehältlich bloß

etwaniger Reformatoria in jetziger Instanz, bereits zur hypothekarischen Anlage des Expropriations-Erlöses gekommen, auch Senatsseitig keinerlei Ausstellung gegen jene Consensurkunden in jetziger Instanz gemacht, noch eine etwaige Prüfung resp. Verbesserung derselben vorbehalten ist, so kann das ganze Decisum sub A. als nunmehr erledigt angesehen werden und daraus denn keinerlei formelles Bedenken oder Hinderniß erwachsen, den materiell in jure et facto wohlbegründeten Anspruch der Kläger auf Schadenserſatz zu gerichtlicher Anerkennung gelangen zu lassen, ohne daß es

3) auf die in den Parteiverhandlungen theils angeregten, theils des weiteren ausgeführten Fragen einzugehen nöthig wäre, ob und in welcher Maaßen der fragliche Ersatzanspruch gegen Herausgabe des Depositi, doch aus der Art, wie solche Deposition geschehen sein soll, und ungünstigsten Falls wenigstens aus dem allgemeinen Grundsatze, daß cum omni causa zuerkannt werden müsse, was mit Recht angesprochen ist, zu begründen wäre.

Anbelangend sodann

B. den Zeitraum, für welchen, sowie den Betrag, zu welchem gedachter Schadenserſatz zu gewähren sein würde, so konnte

1) in erster Beziehung zunächst

a) darüber kein Zweifel sein, daß über den 27. Juni 1853 hinaus, wo die durch Senatsconclusum vom 16. ejusd. vorläufig erklärte Gestattung einer hypothekarischen Anlage des Geldes zu der Kläger Kenntniß kam, den Letzteren kein Ersatz gebühre, indem für den nach Rücknahme des Widerspruchs annoch aus der Aufsuchung passender Zusätze unvermeidlich sich ergebenden weiteren, übrigens nicht erheblichen Verzug, den Senat verantwortlich zu machen, gar kein rechtlicher Grund erfindbar ist.

b) Für den Anfangspunkt dagegen konnte auf die Senatsseitig erfolgte Ablehnung der für die Kläger am 15. October und am 6. resp. 17. November 1851 gestellten Anträge theils und deßhalb, weil darin nur Anlegung der Expropriations-Gelder bei der Stadt selbst, wozu diese keinenfalls verbunden war, oder nur in städtischen Obligationen, deren Ankauf jetzt nicht mehr in Frage steht, beantragt war, theils aus dem Grunde kein Gewicht gelegt werden, weil diese Anträge theilweise nicht beigebracht sind, auch

deren Inhalt nicht einmal näher angegeben ist. Dahingegen hätte den am 8. 13. und 17. December 1851 theils direct, theils durch die Stadtkämmerei gestellten Anträgen des klägerischen Anwalts Senatsseitig um so mehr gefügt werden sollen, als hierin zur Sicherstellung der lehnsherrlichen Interessen ebenso umfängliche, als geeignete Maaßregeln angeboten worden waren. Es hat daher, zumal die erstgedachte Eingabe auch eine Reihe von allem Anscheine nach ganz empfehlenswerthen Insatz-Offerten aufführt und eine damalige Berücksichtigung des wohlbegründeten Verlangens der Kläger sicherlich den von ihnen durch Zinseneinbuße erlittenen Schaden so gut wie ganz abgewendet haben würde, kein Bedenken haben können, den Tag des auf obige Anträge ergangenen abschläglichen Senatsdecrets vom 23. December 1851 als den Anfangstermin der Zeit festzuhalten, für welche den Klägern entsprechender Ersatz gebühre.

2) Für die Größe dieses Ersatzes konnte, da es sich nicht eigentlich um einen Zinsenanspruch, sondern nur um einen durch Zinsenverlust eingetretenen Schaden handelt, und da Kläger keineswegs zu freibeliebiger Benutzung der fraglichen Gelder berechtigt waren, auch bloß hypothekarische Anlegung in ersten sicheren Insätzen verlangt haben und, abgesehen von dem etwanigen Ankaufe solider Staatseffecten, auch allein verlangen konnten, nur dieß als entscheidend erachtet werden, zu welchem Zinsfuße es ohne den beklagtischen Widerspruch möglich gewesen sein dürfte, in obiger Weise den Expropriations-Erlös nutzbar zu machen.

Nun liegt allerdings weder in den Acten noch anderweitig ein bestimmtes Zeugniß dafür vor, daß bei ersten Insätzen $3^1/_2$ pCt. der gewöhnliche Zinsfuß seien, und Kläger haben dieß sogar bestritten. Allein theils haben doch Kläger, eigenem Anführen nach, in ihrem ersten, auf zinsbare Belassung der Gelder bei der Stadt gestellten Antrage selbst keinen höhern Zinsfuß als zu $3^1/_2$ pCt. in Anschlag gebracht, theils findet sich in der Eingabe vom 8. December bei dem ersten der dort als in Aussicht stehend und als offerirt aufgezählten Insatz im Betrage von fl. 32,000 ausdrücklich bemerkt, es stände derselbe zu $3^1/_2$ pCt.

Endlich wäre es offenbar Sache der Kläger gewesen, ist aber

weder geſchehen, noch anerboten worden, näher zu begründen, daß der Zinsfuß von 4 pCt. bei erſten Inſätzen der gewöhnliche oder doch leicht zu erzielen ſei, und konnte es daher kein Bedenken haben, ohne Weiteres zu dem beklagtiſcher Seits anerkannten Zinsfuße von $3^1/_2$ pCt. die Entſchädigungsfrage zur definitiven Erledigung, wie geſchehen, zu bringen.

Was endlich

IV. die Beſchwerde betrifft, welche den beiden Theilen wegen der in den vorderen Inſtanzen über den Koſtenpunkt ergangenen Entſcheidungen erhoben worden ſind, ſo war

A. die für die erſte Inſtanz vom Stadtgericht erkannte, in der Sententia a qua trotz beiderſeitiger deßfallſiger Beſchwerde beibehaltene Koſtencompenſation nicht bloß nach Inhalt der dort in der Hauptſache ergangenen Entſcheidung für gerechtfertigt zu erachten, ſondern auch, ungeachtet der jetzt zu der Kläger Gunſten ergehenden Reformatoria kein ausreichender Grund vorhanden, an jener Vergleichung etwas zu ändern, da in erſter Inſtanz der vom Stadtgerichte ſtillſchweigend verworfene Zinſenerſatzanſpruch nur ganz nebenher Gegenſtand der Parteiausführungen geweſen iſt.

B. Hinſichtlich der Koſten zweiter Inſtanz, welche jedem Theile, ſoweit durch ſeine Appellation veranlaßt, von der Sententia a qua zur Laſt gebracht ſind, hat

1) Beklagter zu einer Beſchwerde um ſo weniger Grund, weil ſein dort verworfener Antrag auf Verſagung jeder anderen Geldanlage, als durch Grundankauf, für völlig grundlos und unberechtigt zu erachten iſt.

2) Klägeriſcher Seits hat man

a) darüber ſich beſchwert, daß die Koſten der Acten-Transmiſſion nicht dem Ärar auferlegt, mindeſtens nicht die deßfallſige Entſcheidung nach dem Ausfalle der Hauptſache regulirt, vielmehr Kläger zur alleinigen Tragung der fraglichen Koſten verurtheilt ſeien. Inſoweit kann aber die Beſchwerdeführung der Kläger ſchon um deßhalb für begründet nicht erachtet werden, weil ihr Antrag auf Actenverſendung ex officio bereits durch das ihnen gehörig inſinuirte Decret vom 6. October 1852, gegen welches ſie in keinerlei Weiſe remonſtrirt haben, verworfen war und der

Umstand, daß der gleichfalls schon erledigte, mit jenem Gesuche zusammenhängende Recusations-Antrag von der Facultät als noch in Frage stehend behandelt worden ist, weder die formelle Sachlage zu ändern vermag, noch überhaupt in Betracht kommen kann.

Dahingegen war

b) insoweit, als Kläger sich darüber beschwert haben, daß auch die übrigen Kosten ihrer eigenen Appellation ihnen ganz zur Last gebracht seien, deren Beschwerdeführung begründet, da ihrem damaligen zweiten Gravamen wegen des Zinsenersatz-Anspruchs Folge zu geben gewesen wäre, und dann bei gleichzeitig erfolgter Verwerfung ihres damaligen ersten Gravamen zwar nicht durchgängig, aber doch für die Hälfte der in Frage stehenden Appellationskosten auf Vergleichung ein Anspruch begründet gewesen wäre.

In dieser Maaße waren daher auch jetzt, wo die Entschädigungsforderung der Kläger zu deren Gunsten reformatorie entschieden ist, die über die Kosten der vorigen Instanz ergangenen Bestimmungen der Sententia a qua abzuändern und in Folge dieser allhier, jedoch bloß zu Gunsten der Kläger ergangenen Reformatoria auch die Kosten jetziger Instanz zur Hälfte zu compensiren, für die andere Hälfte aber dem Beklagten wegen Verwerflichkeit der seinerseits in Bezug auf die Capitalanlegungs-Frage erhobenen Beschwerde aufzuerlegen.

Auszug aus den S. 278 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

von Wiesenhütten ca. Leonhardi 1850.

Die eigentliche Streitfrage ist Inhalts der Acten, ob ein Fideicommiß-Besitzer die zum Fideicommiß-Vermögen gehörigen Gelder, namentlich den aus veräußerten Fideicommiß-Grundstücken gewonnenen Erlös nur zum Erwerb von anderweitigem, dem Fideicommiß einzuverleibendem Grundbesitz anwenden oder höchstens auf Insätze für das Fideicommiß austhun könne und bis dahin zinslos in gerichtlicher oder sonstiger Verwahrung liegen zu lassen gehalten sei? oder ob er auch ohne Consens und trotz Widerspruch der

Fideicommiß-Berechtigten das Geld in Staatspapieren mit wandelbarem Courſe, in specie in Frankfurter Obligationen anlegen dürfe? ſowie, ob derſelbe neben der zur Sicherſtellung der Fideicommiß-Subſtanz und zur Abwehr willkürlicher Verfügung über das Capitalvermögen dienlichen Depoſition der ſolchergeſtalt für das Fideicommiß erworbenen Staatspapiere, auch noch für den Capitalsverluſt, welcher bei etwa ſpäter beliebter Verwerthung dieſer Effecten ſich ergeben möchte, einzuſtehen habe und den Fideicommiß-Anwärtern auf deren Verlangen dieſerhalb Caution zu leiſten gehalten ſei? Dieſe Frage aber war, abweichend von der, den bisherigen Urtheilen zu Grunde liegenden Anſicht, zu Gunſten des Appellanten zu beantworten, und demzufolge in Gemäßheit der von ihm geſtellten erſten und Hauptbeſchwerde ſo wie geſchehen abändernd zu erkennen.

1) Die Inalienabilität des Fideicommiß-Vermögens überhaupt, und daß namentlich die Grundſtücke, deren Surrogat fortan jener Erlös bildet, nicht einſeitig und beliebig vom Appellanten hätten veräußert werden dürfen, kann keineswegs, wie Appellatin vermeint, allein ſchon deren Widerſpruch rechtfertigen, indem Appellant zum Verkauf jener Grundſtücke genöthigt war, und nachdem einmal das dafür gewonnene Geld an die Stelle der Immobilien getreten iſt, der Ankauf von Staatspapieren keine Conſumtion der Gelder in ſich ſchließt oder nach ſich zieht, und ſo wenig, wie die Erwerbung von Inſätzen, als eine wirkliche Alienation oder als eine Dispoſition über die Fideicommiß-Subſtanz ſich darſtellt, ſondern nur eine Adminiſtrations-Maaßregel bildet, welche dazu dienen ſoll, die Subſtanz nutzbringend zu machen und dem Nutzungsrechte des zeitigen Fideicommiß-Inhabers Realität zu geben.

Soviel nun aber

2) ſolche zur Nutzung des Vermögens beſtimmte und erforderliche Adminiſtrationsacte und die deßfallſigen Befugniſſe des Fideicommiß-Beſitzers betrifft, ſo würde ſchon deſſen Nutzungsrecht für ſich allein dahin führen müſſen, daß die Anwärter nicht anders als ex justa causa gegen die beabſichtigte Maaßregel und namentlich dann nicht Einſpruch thun können, wenn dieſelbe an und für ſich wirthſchaftlich gerechtfertigt erſcheint und es zugleich an Gelegen-

heit, auf eine ihnen wünſchenswerthere oder vortheilhaftere Weiſe das Vermögen nutzbar anzulegen, fehlt, da ſonſt das principale und actuelle Recht des Inhabers dem bloß eventuellen Intereſſe der Anwärter würde weichen müſſen. Erwägt man nun vollends, daß der zeitige Fideicommiß-Inhaber, ſowohl bei den eigentlichen Familien-Fideicommiſſen, zu welchen das hier in Frage ſtehende unzweifelhaft gehört, als auch nach den allgemeinen Grundſätzen des römiſchen Rechts über Fideicommiſſe überhaupt, welche Appellatin hier zur Anwendung gebracht wiſſen will, keineswegs bloßer Nießbraucher, ſondern wahrer Eigenthümer iſt, ſo wird man den Anwärtern und Fideicommiſſarien vollends kein Recht zu beliebiger Einmiſchung in die Adminiſtration zugeſtehen können. Vielmehr wird, eben um dieſer Eigenthumsberechtigung willen die Entſcheidung zwiſchen den an ſich zuläſſigen Adminiſtrations-Maaßregeln dem zeitigen Fideicommiß-Inhaber der Regel nach und ſo lange gebühren, als weder der dereinſtige Anfall des Fideicommiſſes an die Erbberechtigten oder die Conſervation der Subſtanz gefährdet iſt, noch auch der Inhaber die Pflichten eines bonus pater familias hintanſetzt. Dem Anwärter kann mithin ein Widerſpruchsrecht nur bei an ſich verwerflichen und ruinoſen Proceduren des Inhabers, mögen dieſe die Subſtanz oder die dauernde Nutzbarkeit des Fideicommiſſes gefährden, zugeſtanden werden. Wenn hingegen die vom Inhaber beabſichtigte Adminiſtrations-Maaßregel wirthſchaftlich gerechtfertigt erſcheint, und falls bei deren Ausführung nur die nöthige diligentia geübt worden iſt, werden nicht bloß die Anwärter ſich die betreffende Dispoſition müſſen gefallen laſſen, ſondern ſie können auch dem Inhaber in keiner Weiſe zumuthen, ſeinerſeits den casus zu tragen; und für einen Nachtheil, welcher trotz dem künftig in Folge zufälliger Umſtände daraus erwachſen könnte, möge er in Ertrags- oder Werthsverminderung des Fideicommiß-Vermögens oder gar in deſſen Untergang beſtehen, ſind dieſelben vollends weder Erſatz noch vorgängige Sicherheitsbeſtellung zu fordern berechtigt.

Geht man nun davon aus, daß über die Zuläſſigkeit ſolcher Adminiſtrations-Maaßregeln vor allem dieß entſcheidet, ob dieſelben wirthſchaftlich gerechtfertigt erſcheinen, und erwägt man, daß für

letztere Frage nicht bloß die nach Zeit und Ort wechselnden socialen und commerziellen Zustände, sondern auch die concreten Umstände des einzelnen Falles eine billige Berücksichtigung werden ansprechen dürfen, so kann, was

3) die Wiederanlegung von Fideicommiß-Geldern insbesondere betrifft, dem Ankauf von Grundstücken und Erwerbe von Hypotheken, wenn sich dazu passende Gelegenheit bietet, im allgemeinen freilich der Vorzug nicht versagt werden. Allein wo nicht etwa Gesetz oder Wille des Stifters eine Ausnahme begründet, wird doch der zeitige Fideicommiß-Besitzer auf diese Art der Geldanlegung nicht zu beschränken, diese vielmehr demselben auch in sogenannten Staatseffecten unbedenklich zu gestatten sein, dafern er nur solide, den Chancen der Speculation weniger ausgesetzte Papiere dazu auswählt, denn daß viele boni patres familias in solcher Weise ihr Vermögen anlegen, lehrt die tägliche Erfahrung und wird namentlich in dem Falle, daß entweder, wie hier, durch Zwangsentäußerung ein großer Theil des Grundbesitzes in bewegliche Habe sich umwandelt, oder daß ohne eigenes Zuthun durch Kündigung des Insatzschuldners ein bedeutendes Capital eingeht, und daß das Geld nicht alsbald wieder in gleichermaaßen nutzbar gemacht werden kann, gewiß kein ordentlicher Wirth Bedenken tragen, die Gelder lieber in guten Staatspapieren anzulegen, als auf längere und unbestimmte Zeit zinslos liegen zu lassen. Alles reducirt sich daher auf die Frage, ob einerseits die Frankfurter Obligationen, welche Appellant den deponirten Expropriations-Geldern substituirt wissen will, zu den soliden Staatspapieren zu zählen seien, ob andererseits etwa in der Eigenthümlichkeit des bloß fideicommissarischen Besitzes ein Grund liegt, hier für bedenklich zu erachten, was im Allgemeinen als wirthschaftlich und räthlich erscheint.

a) Jenes wird nun, wenn man die auf die betreffenden Staatsanlehen bezüglichen Verordnungen und die gesammte Einrichtung des Frankfurter Staats-Schuldenwesens in Erwägung zieht

Gesetz vom 5. September 1843 und 10. Februar 1846 (Gesetzsammlung, Theil 8. Seite 42 und 139),

vergleiche mit

Publ. vom 11. April 1822 und 19. März 1839 (ebendaſelbſt Theil 3. Seite 90 und Theil 7. Seite 97),

Geſetz vom 6. Auguſt 1833 und 23. April 1840 (ebendaſelbſt Theil 5. Seite 100 und Theil 7. Seite 180),

ſchwerlich in Abrede geſtellt werden dürfen, da nicht bloß die regelmäßige Verzinſung der Frankfurter Obligationen gehörig geſichert, ſondern auch für die Einlöſung und ſucceſſive Tilgung der Schuld möglichſt geſorgt iſt, ſonach weder ein raſcher und bedeutender Wechſel des Courſes, noch vollends eine Entwerthung für dieſe Papiere zu befürchten ſteht. Es liegt aber auch, abgeſehen von dem, was über Cautionsleiſtung durch Frankfurter Obligationen vom Appellanten bermerkt und in der Hauptſache von der Appellatin zugeſtanden iſt, ſowie abgeſehen davon, daß nach der

Verordnung, betreffend die Ausgabe von Rechneiſcheinen vom 13. März 1848 (Geſetzſammlung Thl. 8. S. 238),

auf Frankfurter Obligationen in gleichem Maaße wie auf erſte Hypotheken ein Vorſchuß ſtattfinden kann, für die Solidität dieſer Staatspapiere ein ganz entſcheidender Beweis in der appellantiſcher Seits wiederholt geltend gemachten

Verordnung, betreffend die Anlage von Pupillen-Geldern vom 28. December 1843 (ebendaſelbſt Seite 51),

welche im Art. 1 und 2 der hypothekariſchen Anlegung der Mündelgelder nur als Regel beſtätigt, ausnahmsweiſe aber bis zu einem gewiſſen Belaufe den Ankauf Frankfurter Obligationen den Vormündern nachgelaſſen hat. Denn wenn man auch dieſe Beſtimmung, trotz dem, daß ſie nach Art. 6 auf alle Arten von Curatel-Verwaltungen anwendbar ſeyn ſoll, als eine ſinguläre analoger Benutzung unfähige Vorſchrift behandeln wollte, ſo würde ſie doch immer, und dieß genügt für die obige Frage, ſoviel bekunden, daß man Seitens der Geſetzgebung eine derartige Geldanlage für eine ungefährliche, welche ein guter Hausvater ſich erlauben dürfe, angeſehen haben müſſe. Dabei wird zugleich darauf, daß nicht mehr als $^1/_4$ des geſammten Pupillar-Vermögens in ſolcher Weiſe angelegt werden ſoll, falls man etwa in dieſer Beſtimmung einen genügenden Beweis finden wollte, daß doch immer nur partiell

und bis zu jenem Belaufe eine ſolche Anlegung des Geldes als wirthſchaftlich gerechtfertigt erſcheine, wenigſtens in vorliegendem Falle kein Gewicht gelegt werden können, indem nach der unbeſtritten gebliebenen Angabe des Appellanten, die Expropriations-Gelder noch nicht den vierten Theil von dem Geſammtbetrage des Fideicommiß-Vermögens ausmachen.

Anbelangend dagegen

b) das Bedenken, ob nicht dieſe Art der Geldanlage, wenn ſchon im Allgemeinen zu billigen, doch mit der Natur und Beſtimmung grade des Fideicommiſſes weniger vereinbar ſei, ſo dürfte die Wandelbarkeit des den Capitalwerth von Staatspapieren bedingenden Courſes, auf welche die früheren Urtheile ſo großes Gewicht zu legen ſcheinen, trotz der den Familien-Fideicommiſſen eigenthümlichen, vor allem zu ſichernden Stätigkeit der Vermögensſubſtanz wenig in Betracht kommen. Denn theils fehlt ſelbſt bei Geldanlagen in und auf Grundſtücken eine Ungewißheit des Capitalwerths und die Möglichkeit von Verluſten bei ſpäter nöthig werdender Veräußerung oder Einziehung keineswegs ganz und iſt ſolche bei Inſätzen wohl kaum in geringerem Grade vorhanden als bei ſoliden Staatspapieren; theils kommt es bei Feideicommiß-Vermögen, ſeiner Unveräußerlichkeit wegen, zumeiſt auf Sicherheit des Nutzungsertrages, alſo nicht ſowohl auf den Coursſtand der Staatseffecten, ſondern darauf an, daß pünktlicher Eingang der Zinſen zu gewärtigen ſteht; endlich iſt die Gefahr, daß bei etwaiger Verwerthung der erkauften Staatspapiere das auf deren Erwerb verwendete Capital nicht vollaus wiedergelöſt werden möchte, gerade dann, wenn dieſe Art von Geldanlegung dem Fideicommiß-Inhaber nicht bloß interimiſtiſch geſtattet wird, nur um ſo geringer, weil derſelbe dann die Gelegenheit abwarten kann, wo ſich auch in dieſem Betrachte zu vortheilhafter Immobiliar-Anlegung des Geldes eine Gelegenheit darbietet.

Wenn nun dieſem allem nach der Widerſpruch durchaus unbegründet erſcheint, zu welchem Appellatin als vermeintliche Fideicommiß-Intereſſentin ſich bezüglich des vom Appellanten beantragten Umtauſches der deponirten Entſchädigungsgelder gegen Frankfurter Obligationen berechtigt hielt, ſo bedarf

4) die Verwerflichkeit ihres eventuellen Antrags, daß Appellant jedenfalls die aus etwaigem Sinken des Courſes der Obligationen bei deren ſpäterem Verkaufe ſich ergebenden Verluſte zu tragen und dafür mit ſeinem Allodial-Vermögen Caution zu leiſten für ſchuldig erkannt werde, kaum einer weitern Begründung. Es genügt in dieſer Hinſicht die Bemerkung, daß, wenn auch wegen dereinſtiger Reſtitution des Fideicommiſſes an die Appellatin, falls ſie wirklich zur Succeſſion berufen wäre, eine Sicherheitsbeſtellung gefordert werden kann, doch die hier verlangte Caution dem Appellanten keinenfalls anzuſinnen ſteht. Denn es wäre weder mit den Vorſchriften des Rechts vereinbar, wollte man ihn für die caſuellen Folgen verantwortlich machen, welche eine an ſich befugte und durchaus ſachgemäße Handlung deſſelben möglicherweiſe für Dritte haben könnte,

arg. l. 50. D. de admin. tut. (26. 7),

noch auch dürfte irgend wie die Billigkeit für das Verlangen der Appellatin ſprechen, weil bei den nach ihren eigenen Berechnungen ganz außerordentlichen Vortheilen, welche aus der fraglichen Expropriation für das Fideicommiß und deſſen jeweiligen Nutznießer erwachſen ſein ſollen, gar nicht zu gewärtigen ſteht, daß die mit dem Beſitze von Courspapieren allerdings verbundenen Chancen jemals Werth oder Ertrag des Fideicommiſſes unter ihren urſprünglichen Belauf herabdrücken werden, und ſo das Verlangen der Appellatin darauf hinausgeht, alle Vortheile der Expropriation ſich mit anzueignen und alle etwaigen Verluſte dem Gegner aufzubürden.

28.

E. P. geb. G. aus Ruppertshain, Klägerin, wider **B.**, Beklagten, wegen Forderung einer lebenslänglichen Rente.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. December 1852.

In Erwägung, daß

— — — — — —

wird für Recht erkannt:

Klägerin hat, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen vierzehn Tagen zu beweisen,

I. entweder

A. daß ihr der beklagte Theil eine lebenslängliche Rente von fl. 30 monatlich versprochen habe, und

B. daß die Urkunden [8|9] und [10] act. in deßfallsigem Einverständniß der Parteien nur zum Schein ausgestellt worden seien,

II. oder

daß beklagter Theil oder Herr Dr. — — ihr nach Ausstellung dieser Urkunden die Bezahlung der fraglichen Rente versprochen habe,

beiden Theilen bleibt zum Behuf des Beweises resp. Gegenbeweises die Benutzung der in den Acten befindlichen Beweismittel vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 1. April 1853.

Auf Appellation des Beklagten.

— — — — — —

Diesem nach wird, unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 24. December 1852, abändernd erkannt:

1) Die Klägerin ist mit der erhobenen Klage abgewiesen und schuldig, dem Beklagten die in erster Instanz entstandenen Kosten zu erstatten.
2) Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und sind
3) die vorderen Acten zurückzusenden.

Auf Appellation der Klägerin wurde das Erkenntniß des Appellationsgerichts durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 21. Juli 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Bei der Beurtheilung der Frage, ob die vorigen Richter mit Recht, unter Abschneidung der der Klägerin vom Stadtgerichte nachgelassenen Beweise, die Klage sofort aus dem Grunde abgewiesen haben, weil die Acten bereits den direkten Gegenbeweis des von der Klägerin zu Erweisenden enthalten, war zwar die Beweisauflage des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 24. December 1852 als normgebend zum Grunde zu legen. Wenn sich nämlich auch Viel dafür sagen ließe, daß eigentlich der Klägerin copulativ mit dem Satze, daß ihr der Beklagte im Jahr 1847 eine lebenslängliche Rente von fl. 30 monatlich versprochen, die Alternative zum Beweise hätte verstellt werden müssen, daß entweder die Urkunden [8|9|10] actor. simulirt seien, oder der Beklagte nach Ausstellung derselben seine Verbindlichkeit von Neuem anerkannt habe; in welchem Falle es zur Abweisung der Klage genügen würde, wenn die Acten nur den vollständigen Gegenbeweis des ersten Beweissatzes enthielten, so kommt doch in Betracht, daß der Beklagte bei seiner Appellation in zweiter Instanz die Beweisauflage des Stadtgerichts, soviel deren Fassung betrifft, gar nicht angefochten, sondern nur geltend gemacht hat, daß die Acten bereits den Gegenbeweis des darnach von der Klägerin zu Erweisenden enthielten.

Gleichwohl war hierin mit den vorigen Richtern dem Beklagten beizutreten.

Was nämlich

I. den erſten Beweisſatz des Stadtgerichts betrifft:

A. daß der Beklagte der Klägerin eine lebenslängliche Rente von monatlich fl. 30 verſprochen habe,

und

B. daß die Urkunden [8|9] und [10] act. im deßfallſigen Einverſtändniſſe der Parteien nur zum Schein ausgeſtellt ſeien,

ſo genügt es, um die Klägerin mit dieſem Beweiſe auszuſchließen, wenn nur das Gegentheil einer der sub A. und B. zu erweiſenden Sätze als erwieſen vorliegt, und dieß iſt allerdings der Fall.

1) Nach der Behauptung der Klägerin, auf die es hier ankommt, ſoll das Verſprechen sub A. im Jahr 1847 geleiſtet worden ſein.

Nun aber erſuchte die Klägerin

a) am 18. Februar 1848 aus Wiesbaden den Bevollmächtigten des Beklagten, Dr. — —, ihr zum Zwecke der Erlangung einer Aufenthalts-Erlaubniß in Wiesbaden ein Atteſt des Inhalts zu ſchicken:

„daß ich von Ihnen entweder monatlich oder jährlich eine benannte Summe (wieviel, überlaſſe ich Ihnen) beziehe,“

indem ſie dabei bemerkt, daß durch ein ſolches Atteſt der Dr. — — ſich keine Verbindlichkeiten aufbürden würde. Unmöglich hätte die Klägerin ſo ſchreiben können, wenn damals die behauptete vertragsmäßige Verpflichtung des Beklagten beſtanden hätte. Auch hat ſie ſich ſpäter eines ihr zu gleichem Zwecke vom Dr. — — am 1. März 1850 ausgeſtellten Atteſtes bedient, worin dieſer ausdrücklich erklärt, daß die im Auftrag eines Dritten der Klägerin ſeither gereichten Geldunterſtützungen vorerſt auch ferner, wiewohl ohne Verbindlichkeit dazu, ſtattfinden würden.

Ferner

b) ſchreibt die Klägeriu aus Wiesbaden unterm 29. Auguſt 1848, alſo aus demjenigen Monate, bis zu welchem inclusive die Rentezahlung nach der Behauptung in der Klage regelmäßig erfolgt iſt, dem Dr. — —, indem ſie, unter Darlegung ihrer bedrängten Lage, ihn bittet, bei dem Beklagten, von dem ſie ohne Antwort geblieben ſei, ein gutes Wort für ſie einzulegen, daß er

ihr ſeine Unterſtützung nicht entziehe, indem ſie die Hoffnung ausſpricht, durch ſeine, Dr. — —'s, Fürſprache der Güte des Beklagten jährlich fl. 200 verdanken zu dürfen. Äußerungen, die ebenfalls völlig unvereinbar ſind, ſowohl mit einem damals contractlich beſtehenden Rechte der Klägerin auf eine Rente, welche jährlich fl. 360 betragen würde, als auch mit der Angabe, daß ſie dieſe Rente bis Ende Auguſt 1848 regelmäßig empfangen habe.

Die Klägerin, welche die Ächtheit dieſer beiden Briefe wie aller übrigen vom Beklagten mit ſeiner Duplik beigebrachten Scripturen ausdrücklich anerkannt hat, iſt dann auch in dieſer Inſtanz, wo ſie volle Gelegenheit und allen Anlaß dazu hatte, ſich über deren Inhalt zu erklären, nicht im Stande geweſen, gegen das Beweiſende dieſer beiden Briefe irgend etwas Anderes vorzubringen, als die offenbar unrichtige Behauptung, daß dieſelben längſt vor dem Zeitpunkte geſchrieben ſeien, wo ihr die Rente verſprochen worden ſei.

c) Ebenſo konnte die Klägerin bei dem Vorhandenſein eines contractlich begründeten Anſpruchs an den Beklagten demſelben unmöglich am 8. Februar 1849 ſo ſchreiben, wie der Brief von dieſem Tage lautet.

d) Ein ſehr erhebliches Gegenbeweismoment liefern endlich die von dem Beklagten beigebrachten Quittungen der Klägerin. Dieſe gibt nämlich in der Klage beſtimmt an, die ihr im Jahr 1847 verſprochene Rente habe ſie bis zum Auguſt 1848 inclusive regelmäßig empfangen, und außerdem an ihr verheißenen außerordentlichen Unterſtützungen zwei, zum Betrage von fl. 120 und fl. 100. Dieſe letzteren Zahlungen waren demnach diejenigen, — auf welche die Quittungen Nr. 9 und 10 act. lauten. Mithin müſſen die vom Beklagten unter Nr. 28 bis 30 beigebrachten Quittungen, welche vom 1. Mai 1847 bis zum 2. December 1850 gehen, ſich auf die monatliche Rente von fl. 30 beziehen. Die Zahlungen, über welche dieſe Quittungen lauten, betragen nun aber unter ſieben und ſechzig Fällen nur viermal, gerade fl. 30, und ſind, was beſonders entſcheidend iſt, darin größtentheils als Geſchenke bezeichnet, ohne daß die Klägerin

in gegenwärtiger Inſtanz auch nur zu behaupten gewagt hätte, der Beklagte oder deſſen Bevollmächtigter, Dr. — —, beſäßen noch andere von ihr über die Zahlung der angeblichen Rente ausgeſtellte Quittungen, was ſich nach dem obigen eigenen Vorbringen der Klägerin auch gar nicht annehmen läßt.

2) Schon nach dem Bisherigen hat die Behauptung der Klägerin, die Urkunde vom 1. Juli 1851 — [8] act. — worin ſie die Natur der bis dahin vom Beklagten gewordenen Unterſtützungen als durchaus freiwilliger Gaben, und die Nichtexiſtenz eines jetzt von ihr behaupteten bindenden Verſprechens ausdrücklich anerkannt,, ſei nur ſimulirt geweſen, Alles wider ſich. Käme es darauf an, ſo würde ſich aber auch die Unwahrheit dieſer, ſo wie der gleichen in Beziehung auf die beiden Urkunden [9] und [10] aufgeſtellten Behauptung poſitiv ergeben aus den Schreiben der Klägerin,

[31] und [32] act.

welche, da ſie auch den Gegenbeweis gegen den zweiten der Klägerin alternativ auferlegten Beweis bilden, gleich näher zu berühren ſein werden.

II. Dieſer zweite Beweis geht dahin:

„daß Beklagter oder Dr. — — der Klägerin auch nach Ausſtellung jener Urkunden [8|9] und [10] die Bezahlung der fraglichen Rente verſprochen habe.“

Die hier zum Beweiſe verſtellte Anerkennung der früher eingegangenen Verbindlichkeit abſeiten des Beklagten ſoll nach der beſtimmten und wiederholten Behauptung der Klägerin gegen das Ende des Jahres 1851 und zu Anfang des Jahres 1852 erfolgt ſein.

Nun aber beruft ſich

a) die Klägerin ſelbſt darauf, daß die Zahlung der angeblich vom Beklagten im Jahr 1847 verſprochenen Monatsrente von fl. 30 gerade im November 1851 gänzlich aufgehört habe. Sie thut dieß nämlich in der Klagſchrift Seite 4 und in dem am 15. September 1852 nach bereits angeſtellter Klage geſchriebenen Brief an den Beklagten [31] actor. verbis:

„es iſt doch jetzt ſchon ein Jahr, daß Sie mir nichts geben.“

Dieß würde ſich aber, wenn damals die Anerkennung einer Zahlungsverbindlichkeit wie die behauptete abſeiten des Beklagten Statt gefunden hätte, bei den bekannten Vermögensverhältniſſen deſſelben gar nicht erklären laſſen. Es iſt mit einem ſolchen damals erfolgten Zahlungsverſprechen aber auch

b) der Brief — [32] act. — völlig unvereinbar. Dieſer Brief iſt nämlich, wie ſich aus dem Diſtributionsſtempel (16. 1) in Verbindung mit dem eigentlichen Poſtſtempel klar ergibt, nicht vom 16. Juni, ſondern vom 16. Januar 1852, fällt alſo gerade in die Zeit, wo jenes Zahlungsverſprechen Statt gehabt haben ſoll; gleichwohl bittet die Klägerin hier den Beklagten, indem ſie der von ihm ihrem Mann im verfloſſenen Jahre gegebenen fl. 100 gedenkt, auf das Flehendlichſte, ihr noch einmal mit fl. 50 zu helfen, verſpricht ihn dann in dieſem Jahre gewiß nicht mehr zu beläſtigen, und beruft ſich dabei auf ein Verſprechen des Beklagten, ihr von Zeit zu Zeit eine kleine Unterſtützung angedeihen zu laſſen, geſteht alſo klar ein, daß ein Verſprechen einer feſten Monatsrente, wie ſie jetzt behauptet, auch in der angegebenen ſpätern Zeit nicht Statt gefunden habe. Auch hat die Klägerin gegen das Beweiſende dieſes Inhalts in jetziger Inſtanz nichts Anderes vorzubringen vermocht, als die ihren eigenen wiederholten Angaben geradezu widerſprechende Behauptung, daß dieſer Brief geſchrieben ſei längſt vor der Zeit der Verſprechungen, auf welche der jetzt fragliche zweite Beweisſatz geht.

Unter dieſen Umſtänden mußte, zumal die Klägerin ſich nirgends auf ein ſchriftlich ihr ertheiltes Verſprechen beruft, mithin ihr vorausſichtlich kein anderes Beweismittel zu Gebote ſteht, als die Eidesdelation, welche bei vorhandenem Gegenbeweiſe nicht mehr zuläſſig erſcheint, das vorige Urtheil, ſowie geſchehen, unter Verurtheilung der Klägerin in die Koſten dieſer Inſtanz, beſtätigt werden.

29.

Fr. C. H., Kläger, wider ſeine Ehefrau **C.** geb. F., Beklagte, wegen Eheſcheidung.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 4. Juli 1853.

In Erwägung, daß

1) — — — — — —

2) dem Kläger der Beweis ſowohl des Ehebruchs, deſſen er die Beklagte beſchuldigt, als auch der Mißhandlungen, welche er von derſelben erlitten haben will und in der Replik nachträglich ſubſtantiirt hat, obliegt,

3) der erſt in der Replik geltend gemachte Umſtand, daß Beklagte den Ruin der Familie verſchuldet habe, der erforderlichen thatſächlichen Begründung ermangelt, gleichwie der frühere Lebenswandel der Beklagten ein Klagfundament abzugeben deßhalb nicht geeignet iſt, weil Kläger (in der Replik) einräumt, daß er hievon ſchon zur Zeit, als er noch mit der Beklagten verlobt war, Kenntniß hatte,

4) der Beklagten der Beweis der Einreden der Verzeihung und der Compenſation nachzulaſſen iſt, während die dem Kläger zur Laſt gelegte bösliche Verlaſſung etwa den Antrag, denſelben zur Rückkehr anzuhalten, zu rechtfertigen vermöchte, nicht aber eine Einrede gegen die erhobene Klage begründen kann, — übrigens

5) eine Verzeihung von Seiten des Klägers ſich inſoweit auch dadurch ergeben würde, als Beklagte darthäte, daß ihr derſelbe ehelich beigewohnt habe, nachdem er von demjenigen, was ſie ſich zu Schulden kommen laſſen, Kenntniß erlangt hatte,

wird zu Recht erkannt:

I. — — — — — —

II. haben, vorbehaltlich des Gegenbeweiſes binnen vierzehn Tagen zu beweiſen,

der Kläger:

1) daß die Beklagte die Ehe gebrochen habe,

2) daß und welche harte Mißhandlung er von der Beklagten erlitten habe,

die Beklagte:

1) daß Kläger ihr den begangenen Ehebruch und resp. die zugefügte Mißhandlung verziehen habe,

2) daß Kläger die Ehe gebrochen habe,

III. ſoll hienach weitere Verfügung ergehen.

Die von beiden Theilen verfolgten Appellationen wurden durch die **Erkenntniſſe des Appellationsgerichts** vom 16. September 1853 verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. Juli 1854.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 16. September und des Stadtgerichts vom 4. Juli vorigen Jahrs zwar im Übrigen zu beſtätigen ſeien, jedoch der dem Kläger im Stadtgerichts-Urtheile sub II. 1. wegen Ehebruchs der Beklagten auferlegte Beweis auf das in der Klage enthaltene Vorbringen zu beſchränken ſei, auch die wegen angeblich erlittener harter Mißhandlung resp. wegen deren Verzeihung dem Kläger sub II. 2. mit auferlegte resp. der Bekagten sub II. 1. mitnachgelaſſene Beweisführung nicht ſtattfinde, und Beklagte von den durch ihre Appellation in voriger Inſtanz veranlaßten Koſten nur die Hälfte zu tragen ſchuldig, die andere Hälfte dagegen zu compenſiren ſei.

— — — — — —

Entſcheidungsgründe.

I. Die erſte Beſchwerde der Beklagten war

A. ihrem principalen Theile nach, worin ſie mit der dritten eventuellen Beſchwerde zuſammenhängt, als unbegründet zu verwerfen, indem es keineswegs bereits in actenmäßiger Gewißheit ſteht, daß Kläger ſeiner Frau den von ihr angeblich geübten Ehebruch verziehen habe, und mithin die Scheidungsklage, ſoweit auf Ehebruch geſtützt, keineswegs ohne Weiteres, wie Beklagte jetzt beantragt, abgewieſen werden kann, vielmehr mit vollem Recht dieſerhalb dem Kläger Beweis auferlegt iſt.

Wenn nämlich Beklagte zur Rechtfertigung des erwähnten Antrags

1) ſich darauf ſtützt, es habe Kläger ſelbſt nicht gewagt, direkt zu behaupten, daß er von dem ſeiner Frau vorgeworfenen unerlaubten Verkehr mit anderen Männern erſt jetzt oder doch erſt ſeit der im Juni 1852 erfolgten factiſchen Trennung ihres ehelichen Zuſammenlebens Kenntniß erhalten habe, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß eine derartige Angabe zur Begründung der Klage aus dem Ehebruche, für welche eben nur die in dem Ehebruche liegende Verletzung der ehelichen Treue das Fundament bildet, in keiner Weiſe gehört und daß, wenn Kläger replicando die ihm opponirte, auf ſein Verhalten gegen die Beklagte geſtützte Einrede der Verzeihung durch den Einwand, erſt hinterher von deren Vergehen Kunde erhalten zu haben, nicht angefochten hat, darum noch nicht die Einrede als zugeſtanden und keines Beweiſes weiter bedürftig zu erachten iſt, daß vielmehr, wo die Verzeihung des Ehebruchs aus dem gegen den ſchuldigen Theil noch nachher von Seiten des unſchuldigen beobachteten Verhaltens hergeleitet werden will, dieß ein weſentliches Stück der Einrede ſelbſt bildet und daher von dem Beklagten erforderlichen Falls bewieſen werden muß, daß der klagende Ehegatte von dem Fehltritte damals ſchon Kenntniß gehabt habe.

Damit iſt denn auch

2) die Unerheblichkeit alles deſſen klar, was Beklagte aus des Klägers eigenen Angaben oder aus deſſen wirklichen resp.

behaupteten Zugeſtändniſſen in ihrem jetzigen Libelle dafür, daß der von ihr geübte Ehebruch als verziehen zu gelten habe, und zu Gunſten der vermeintlichen Liquidität ihrer Einrede angeführt hat, weil aus keinem der von ihr in ſolcher Richtung angeführten factiſchen Momente, ſelbſt deren volle Wahrheit angenommen, namentlich nicht ſchon aus den Vorwürfen und Vorhaltungen, welche er wiederholt ſeiner Frau gemacht zu haben angibt, auch nur mit einiger Sicherheit gefolgert werden kann, noch viel weniger aber von dem Kläger irgendwie zugeſtanden worden iſt, daß er ſchon damals von dem ehebrecheriſchen Charakter des von ſeiner Frau mit den von ihm genannten Männern gepflogenen Umgangs Kenntniß gehabt habe, worauf es doch weſentlich, und nicht etwa bloß darauf ankäme, daß dieſer Verkehr überhaupt dem Kläger bekannt geweſen, oder daß er einen Verdacht dieſerhalb ſchon gehegt hätte oder zu faſſen veranlaßt geweſen wäre.

Wenn es aber gleich hienach bei den dem Kläger wegen des Ehebruchs ſeiner Frau, Letzterer über deſſen angebliche Verzeihung nachgelaſſenen Beweisführungen ſein Verbleiben zu behalten hatte, ſo war doch

B. der eventuell im Gravamen I. wegen Faſſung des klägeriſchen Beweiſes geſtellten Beſchwerde Folge zu geben unvermeidlich.

Zwar iſt in Eheſcheidungsſachen eine ſo generelle Beweisauflage, als vorliegend erfolgt iſt, in der Praxis häufig, und wird man auch den Richter ſo wenig ſtrikt an das Vorbringen der Parteien binden, als dieſe hinſichtlich neuer Thatſachen und ihrer Benutzung zu ſehr beſchränken dürfen, da für Trennung der Ehe überhaupt der Regel nach mehr das geſammte Verhalten des beklagten Theils, als einzelne Handlungen deſſelben maaßgebend ſind, und namentlich bei Trennung wegen Ehebruchs faſt immer die Beweisführung inſofern eine künſtliche iſt, als aus verſchiedenen factiſchen Momenten auf derartige Verletzung ehelicher Treue geſchloſſen werden kann. Allein die Rückſicht auf das dem beklagten Theile zuſtändige Recht der Gegenbeweisführung, welche nur da gehörig vorbereitet werden kann, und geſichert erſcheint, wo von vorn herein ſich erkennen läßt, auf welche ſpeciellen Thatſachen ſich der Hauptbeweis richten werde, muß doch dahin führen,

wenigſtens in den Fällen, wo im Laufe der Verhandlungen der angebliche Treubruch nach Ort, Zeit und Perſonen ſchon im Einzelnen ſpecificirt iſt, auf das deßfallſige Vorbringen die Beweisauflage zu beſchränken. Indem nun auch einestheils Klägers Vorgeben, bloß beiſpielsweiſe der Vorgänge, welche auf den von ſeiner Frau im Jahr 1850 mit dem Schauſpieler E., im Winter $18^{51}/_{52}$ mit dem Schauſpieler P. getriebenen Ehebruch ſich bezögen, gedacht, und zugleich für die ſpätere Zeit auf die Fortſetzung dieſes ehebrecheriſchen Verkehrs ſich geſtützt zu haben, in der Faſſung der Klagſchrift nicht bloß keine ausreichende Unterſtützung findet, vielmehr deren ganzer Zuſammenhang darauf hinweiſet, es habe Kläger durch die generelle Äußerung, daß ſeine Frau bereits ſeit längerer Zeit Umgang mit anderen Mannsperſonen gepflogen, ja ſich des Ehebruchs ſchuldig gemacht hätte, nur die demnächſt gelieferten Specialien zuſammenfaſſen und deren Ergebniß voranſchicken, und namentlich durch das Wörtchen „insbeſondere," mit welchem die ſeiner Frau in Betreff des P. gemachten Vorwürfe an jene allgemeine Äußerung geknüpft werden, nur zu erkennen geben wollen, daß der deßfallſige Verkehr ſeiner Frau vor Allem die deutlichſten Indicien eines ehebrecheriſchen an ſich trage, und indem anderentheils replicando nur von einem ſpäteren brieflichen Verkehre der Beklagten mit jenem P. die Rede, auch ihres ſonſtigen Verkehrs mit Schauſpielern nur in der Richtung gedacht iſt, daß die zwiſchen ſolchen und ihrem Manne beſtandenen geſelligen Beziehungen ihr nicht unangenehm geweſen wären, ſo mußte die Beibehaltung der ganz generellen ſtadtgerichtlichen Beweisauflage bedenklich und deren Beſchränkung wenigſtens in der Maaßen, wie gegenwärtig geſchehen, räthlich erſcheinen.

Nicht minder war

II. die zweite von der Beklagten wegen des anderen ihrem Manne nachgelaſſenen Beweiſes:

„daß und welche harte Mißhandlung er von der Beklagten erlitten habe,"

erhobene, wiederum mit dem vierten Gravamen connexe Beſchwerde für begründet zu erachten, und zwar dieſe ihrem principalen auf gänzlichen Wegfall der fraglichen Beweisführung gerichteten Theile

nach, ſowie folgeweiſe dahin, daß auch der Einrede-Beweis der Beklagten nur noch auf Condonation des Ehebruchs und nicht zugleich, was auch Beklagte im erſten Verfahren gar nicht einmal behauptet hatte, auf Verzeihung der gedachten Mißhandlung gerichtet werden und nachgelaſſen bleiben kann.

In dieſer Hinſicht kann einerſeits dahingeſtellt bleiben, ob, was Kläger replicando über das zweite Fundament ſeiner Scheidungsklage vorgebracht hat, ſowohl an ſich gehörig ſubſtantiirt ſei, als auch eine bloße Explication des in der Klagſchrift enthaltenen Vorbringens enthalte und zugleich für eine noch ſtatthafte Emendation nach

Reform. I. 17. § 4 und 5.

erachtet werden könnte. Andererſeits erſcheint es auch unnöthig, auf eine nähere Interpretation der im § 15 des Geſetzes über die bürgerliche Ehe vom 19. November 1850, sub 8, enthaltenen Beſtimmungen, namentlich darauf einzugehen, in welchem Verhältniſſe die hier alternativ neben einander geſtellten beiden Entſcheidungsgründe harter Mißhandlung und grober Beleidigung (von welchen übrigens Kläger replicando allein die letztere als das weitere Fundament ſeiner Klage in Bezug genommen hat), ſowohl zu dem gemeinen Rechte, als zu einander ſtehen, und ob nach Faſſung wie bei der correctoriſchen Natur dieſes Geſetzes, außer der durch die beigefügten Adjectiven „hart“ und „grob“ angedeuteten beſonderen, gleichſam inneren Qualification der hier erwähnten Unrechtfertigkeiten, wegen des vom Geſetzgeber gebrauchten Plurals auch dieß, daß ſolche mehrfach vorgekommen ſeien, in beiden Fällen und bei bloßen Injurien außerdem noch eine gewiſſe Continuität, nämlich ein fortgeſetztes derartiges Verhalten des einen gegen den anderen Ehegatten als unerläßlich zu gelten habe, denn welcher Anſicht man auch in allen dieſen Richtungen ſein möchte, ſo wird doch bei Anwendung des Geſetzes immer, namentlich über das Vorhandenſein jener beſonderen Qualification dem richterlichen Arbitrium ein freier Spielraum bleiben müſſen, und wird noch weniger in concreto, ſelbſt bei Zugrundlegung der dem Kläger günſtigſten Interpretation des Geſetzes ſowohl wie ſeines factiſchen Vorbringens, darüber irgend ein Zweifel obwalten können, daß

alles dasjenige, was in der Klagschrift und Replik über das Gesammtverhalten der Beklagten gegen ihren Mann erwähnt ist, ja selbst der etwas näher dargelegte angebliche Straßenscandal nicht einmal unter die Kategorie „fortgesetzter grober Beleidigungen" gestellt, geschweige denn als „harte Mißhandlung" anerkannt zu werden vermöchte, mithin eine Ehescheidung zu rechtfertigen nicht geeignet ist, und sonach auch Gegenstand einer voraussichtlich völlig überflüssigen Beweisführung nicht werden kann und darf.

Wenn dagegen, abgesehen von den durch das Vorstehende mit zur Erledigung gekommenen Gravamen III und IV, Beklagte auch noch schließlich

III. in ihrer fünften Beschwerde jetzt wie schon in voriger Instanz darüber gravaminirt hat, daß die von ihr duplicando angeführten, ein durante processu eingetretenes Novum involvirenden Vorgänge vom 29. und 30. Mai vorigen Jahres, obwohl sie ausdrücklich „zu weiterer Begründung der eventuellen Einrede der Compensation" geltend gemacht waren, doch nicht Gegenstand weiterer Verhandlung und demnächst der Beweisauflage geworden seien, so ist dieß Gravamen wahrhaft frivol, und zu dessen Verwerfung nur die Bemerkung nöthig, daß lediglich in Bezug auf Ehebruch die Einrede der Compensation sowohl vorgeschützt als im Stadtgerichts-Erkenntnisse sub II. 2. zum Beweise verstellt ist, daß Beklagte diesen Theil des Beweis-Interlocuts überall nicht angefochten hat, und daß nicht abzusehen ist, wie das aus dem Ehebruch der Beklagten entnommene Klagfundament durch den von ihr anerbotenen, völlig irrelevanten und nutzlosen Nachweis erlittener Injurien, wie schwer immer und obschon öffentlich zugefügt, irgend sollte elidirt werden können.

Mit Rücksicht auf die Frivolität dieser Beschwerde und da der ad Gravamen I. und III. gestellte Antrag über den Vorwurf ehebrecherischen Verhaltens ein Beweisverfahren überhaupt nicht mehr zu gestatten, gleichfalls durchaus verwerflich ist, konnte Beklagte, obwohl in erheblichen Punkten ihrer Appellation Folge zu geben war, von theilweiser Tragung der in jetziger wie in voriger Instanz erwachsenen Kosten nicht frei bleiben und nur zur Hälfte deren Vergleichung ausgesprochen werden.

30.

L. F. Beyer, Kläger, wider **A. Abt** und dessen Ehefrau, Beklagte, wegen eines Kaufvertrages, jetzt Beweisführung betreffend.

Vorbemerkung.

Dem Kläger, welcher die Beklagten auf Erfüllung eines Kaufvertrages über ein Grundstück belangt hatte, war der Beweis seines Klaggrundes dahin:

„daß der von ihm mit den Beklagten geschlossene Kaufvertrag auf das ganze Grundstück Gewann 11. Nr. 105 im Flächengehalt von 37 Ruthen, 29 Schuh sich erstrecke,"

oder:

„daß Beklagte ihm einen Flächengehalt von 37 Ruthen 29 Schuh verkauft haben,"

auferlegt worden und handelt es sich in der jetzigen Lage des Prozesses darum, ob zur Führung dieses Beweises, wie Kläger beantragt, die Erhebung einer Begutachtung durch die Feldgeschwornen darüber zulässig sei:

„ob nicht aus dem Inhalte der in den Anlagen 1 und 2 mit der Klage überreichten Urkunden — einer Empfangsbescheinigung des Verkäufers über den Empfang des Geldes „für das verkaufte Grundstück" und eines Auszugs aus den Lagerbüchern über das fragliche Grundstück — in Verbindung mit dem feststehenden Umstande, daß das fragliche Grundstück nicht parcellirt, daß derselbe nur mit einer einzigen Nummer verzeichnet und den Beklagten auch nur als ein einziges Ganzes in den Lagerbüchern zugeschrieben ist, anzunehmen sei und in Fällen dieser Art in dem Verkehr stets angenommen werde, daß das ganze Grundstück dem Verkäufer verkauft worden sei."

Das Stadtgericht I. sowie das Appellationsgericht haben die beantragte Expertise verworfen. Auf weitere Appellation des Klägers wurde das angefochtene Erkenntniß des Appellationsgerichts durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 7. September 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Auf keine der vom Kläger wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 10. April 1854 erhobenen Beschwerden konnte eingegangen werden, vielmehr war das Letztere lediglich zu bestätigen.

Was

I. die erste und Hauptbeschwerde des Klägers anlangt, daß er nicht mit dem Antrag auf Anordnung einer Begutachtung der von ihm in der Beweisantretung näher angegebenen Frage, und zwar einer Begutachtung durch die Feldgeschwornen, zugelassen worden sei, so stehen derselben folgende Gründe entgegen.

1) Der Kläger beantragt, daß der Inhalt der Anlagen 1 und 2 der Quittung über den Empfang des Kaufpreises für das verkaufte Grundstück und des Auszugs aus dem Lagerbuche — in Verbindung mit dem Umstande, daß die von ihm in Anspruch genommene Liegenschaft unparcellirt, mit Einer Nummer in der öffentlichen Buchführung aufgeführt sei, der anzuordnenden Begutachtung zum Grunde gelegt werde, weil seiner Ansicht nach in Fällen solcher Art in dem Verkehr stets angenommen werde, daß das ganze Grundstück des Verkäufers den Gegenstand des Contractes bilde. Allein es würde, wie bereits in den Entscheidungsgründen zum Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 8. Februar 1854 hervorgehoben worden ist, unthunlich sein, den Inhalt der Anlage 2 als einer von den Beklagten dem Kläger zur Bezeichnung des verkauften Grundstücks zugestellten Urkunde bei der fraglichen Begutachtung zu berücksichtigen. Die Parteien weichen nämlich über den Zweck, welcher mit der Hingabe jener Urkunde verbunden gewesen ist,

von einander ab. Während der Kläger behauptet, der Auszug aus dem Lagerbuche sei ihm zugestellt worden als

„Beleg darüber, wie das erkaufte Grundstück bezeichnet sei und welchen Flächeninhalt es habe,"

erklären die Beklagten, daß die Hingabe geschehen sei

„zum Zwecke der Behändigung an den Geometer Hartmann, welcher das verkaufte Stück ausmessen und aussteinen solle."

Unter diesen Umständen hätte erst, nachdem dieser Widerspruch der Parteien, und zwar zu Gunsten des Klägers gelöst worden, von einer Zugrundlegung des Lagerbuch-Auszuges bei der fraglichen Begutachtung die Rede sein können, während doch auf eine Feststellung jenes Punktes weder vom Stadtgerichte eingegangen, noch auch vom Kläger, sei es in erster Instanz, sei es mittelst einer in zweiter Instanz gestellten Beschwerde hingewirkt worden ist.

Allein auch abgesehen hievon würde

2) die nach der Ansicht des Klägers zur sachkundigen Begutachtung zu verstellende Frage keineswegs als für diese letztere geeignet angesehen werden können. Es handelt sich nämlich um die Auslegung der Erklärungen und Handlungen, welche bei Gelegenheit des unter den Parteien abgeschlossenen Contractes vorgekommen sind, mithin um einen Gegenstand, dessen Beurtheilung keinerlei technische oder anderweitige Kenntnisse voraussetzte, welche nicht ohnehin bei dem Richter vorhanden wären. Im Gegentheil ist die in Betracht kommende Frage recht eigentlich eine solche, welche der Sphäre richterlicher Reflexion und Entscheidung angehört. Auch kann dem Kläger nicht etwa darin beigepflichtet werden, wenn er von gewohnheitsrechtlichen Normen redet, auf welche hier Rücksicht zu nehmen wäre, indem ein Gewohnheitsrecht hier völlig außer Frage steht.

Wenn nach dem Vorbemerkten die Beurtheilung der Frage, welche rechtlichen Folgen aus dem Wortlaute der dem Kläger von dem Beklagten zugestellten Empfangsbescheinigung und dem Umstande, daß das Grundstück unparcellirt im Lagerbuche protocollirt ist, lediglich dem nach geschehener Zeugenvernehmung abzugebenden Erkenntnisse vorbehalten bleiben mußte, dagegen

von einer Zulaſſung Sachkundiger in vorliegender Sache völlig abzuſehen war, ſo kommt es auf die Frage, ob die Feldgeſchworenen die geeigneten Perſonen zur gutachtlichen Vernehmung geweſen ſein würden? nicht mehr an.

II. Die zweite Beſchwerde des Klägers erſchien ohne Weiteres hinfällig. Der Termin mündlicher Verhandlung vom 8. Februar 1854 würde nicht Statt gefunden haben, wenn nicht der Kläger die beklagtiſcherſeits mit Grund zurückgewieſene Zuziehung von Sachverſtändigen beantragt und in Betreff einiger der von den Beklagten vorgeſchlagenen, für unzuläſſig nicht zu erachtenden Gegenbeweis-Zeugen ſofortige Verwerfung verlangt hätte. Es war demnach völlig gerechtfertigt, den Kläger in die Koſten jenes Termins, als einer von den übrigen Theilen des vorliegenden Prozeſſes trennbaren Handlung zu condemniren. Bei dem Ungrunde der übrigen von dem Kläger aufgeſtellten Beſchwerden mußte es

III. auch bei der Verurtheilung des Klägers in die Koſten zweiter Inſtanz ſein Verbleiben haben, wie denn als eine Selbſtfolge des Obigen die Verpflichtung des Klägers zur Tragung und Erſtattung der Koſten gegenwärtiger Inſtanz ſich ergab.

31.

Verwaltungsrath der Frankfurt-Hanauer-Eisenbahngesellschaft, Kläger, wider das **Pflegamt** des Hospitals zum heiligen Geist, Beklagten, wegen Expropriation, jetzt Ausführung der Vorbehalte im ordentlichen Verfahren betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 23. Mai 1853.

1) Da das Gutachten der Sachverständigen Rumbler, Wiemer und Sconto nach Form und Inhalt den gesetzlichen Vorschriften entspricht und auf der übereinstimmenden Meinung der Aussteller beruht, so muß dasselbe als maaßgebend bei der Beurtheilung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien in Betracht kommen.

2) Anbelangend die in dem Erkenntnisse vom 4. Februar 1848 entäußerten Grundstücke, so sind dieselben in dem gedachten Gutachten geschätzt, wie folgt:

— — — — — —

Gesammtbetrag des Werthes dieser Grundstücke fl. 12,341. 46 kr.

Ferner ist für die dem Beklagten verbleibenden Theile der hier in Rede stehenden Grundstücke die Werthverminderung geschätzt, wie folgt:

— — — — — —

Zusammen fl. 7018. 20 kr.

Für die Durchschneidung des ganzen Rieberhofguts wird von den Sachverständigen als angemessene Entschädigung der Betrag von fl. 22,000 erklärt.

Zu diesen Beträgen kommt noch für Ausstellungskosten fl. 500 und der Werth von sechs auf den in die Eisenbahn fallenden Grundstücken befindlichen Bäumen. Da diese Bäume nicht mehr vorhanden sind, und folglich von den letzten Schätzern nicht berück-

sichtigt werden konnten, so müssen hier die früheren Schätzungen zu Grund gelegt werden. Nun setzte aber der Schätzer Werle für diese sechs Bäume an . . . . . fl. 29. 12 kr.
der Schätzer Heister . . . . . „ 44. — „
der Schätzer Freyeisen für fünf und dreißig Bäume fl. 3478. 37 kr., also für sechs Bäume . . „ 596. 18 „
Der Gesammtbetrag dieser drei Schätzungen ist . fl. 669. 30 kr.
Also der Durchschnitt . . . . . fl. 223. 10 kr.

Gänzlich unberücksichtigt muß das von den Schätzern erwähnte, zwischen Gew. 2. Nr. 4 und Gew. 2. Nr. 1 M liegende Grundstück bleiben, welches bisher in den Acten noch nie erwähnt worden ist.

Stellt man nun die ermittelten Beträge zusammen, wie folgt:

— — — — — —

so ergibt sich als Gesammtbetrag fl. 42,083. 16 kr.

Nun sind aber in dem Entäußerungserkenntnisse vom 4. Februar 1848 für die hier in Betracht kommenden Güterstücke dem beklagten Theile zugesprochen worden . . . . . fl. 62,606. 27 kr.
mithin nach Abzug obiger . . . . . „ 42,083. 16 „
zuviel . . . . . fl. 20,523. 11 kr.

3) Über die Frage, ob die Grundstücke Gew. 2. Nr. 1 A. B. C. als Bauplätze zu betrachten sind, ist ein einstimmiges Gutachten der Bauverständigen nicht zu Stande gekommen. Darin zwar sind die drei bauverständigen Schätzer einig, daß nicht dem ganzen Umfange jener Grundstücke, sondern nur dem westlichen, auf die Hanauer Landstraße stoßenden Theile derselben Bauplatzwerth beizulegen sei. Allein während zwei von ihnen, Ritter und Renk, diesem Theil eine Tiefe von 350 Schuh Werkmaaß, gemessen längs dem Rechneigraben, geben, nimmt der dritte, Architect Kayser, eine Tiefe von 510 Schuh Feldmaaß (637½ Schuh Werkmaaß) gemessen längs dem Schleifweg am Fuße des Riederberges, als Grundlage der zu bewirkenden Ausmessung an. Da es sich nun hier zunächst nicht um eine Schätzung handelt, sondern um die Begutachtung der Frage: ob ein bestimmtes Grundstück Bauplatz sei oder nicht? so

ist im vorliegenden Falle keine Durchschnittsberechnung anzuwenden, welche ohnehin bei der Verschiedenheit der gegebenen Grundlage unausführbar sein würde, sondern es muß die Stimmenmehrheit entscheiden. Demnach ist nunmehr unter Zugrundlegung der von Ritter und Renk angegebenen Tiefe durch Ausmessung des Stadtgeometers zu ermitteln, welchen Flächengehalt der danach als Bauplatz zu betrachtende Raum habe, wie viel davon die Eisenbahngesellschaft übernommen habe, wieviel davon übrig bleibe, wie groß der Rest von Gew. 2. Nr. 1 A. B. C. nach Abzug des auszumittelnden Bauplatzes noch sei, wie viel von diesem Reste die Eisenbahngesellschaft übernommen habe und wie viel davon dem Hospitale verblieben sei.

Sind diese Fragen sämmtlich beantwortet, so kann die Größe des für das hier in Rede stehenden Gelände zu zahlenden Entschädigungsbetrags durch Berechnung gefunden werden. Denn der Werth des Bauplatzes wird von den drei Bauverständigen übereinstimmend auf fl. 5000 für den Morgen angeschlagen und auch über die Größe der Werthverminderung des zurückbleibenden Grundstücks ist keine Meinungsverschiedenheit unter den Schätzern. Denn während Ritter und Renk dieselbe auf fl. 2000 für den Morgen annehmen, findet sie Kayser in dem Unterschiede zwischen dem Bauplatzwerthe und dem landwirthschaftlichen Werthe des Grundstücks. Dieser Unterschied beträgt aber, da die feldverständigen Schätzer die betreffenden Grundstücke auf fl. 3000 für den Morgen geschätzt haben, ebenfalls fl. 2000 auf den Morgen.

Aus diesen Gründen wird nunmehr zu Recht erkannt:

I. Das Pflegamt des Hospitals zum heiligen Geist ist schuldig, binnen vierzehn Tagen den Betrag von fl. 20,523. 11 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom Tage der erhaltenen Zahlung an die klagende Gesellschaft zurückzubezahlen.

II. Der Stadtgeometer wird beauftragt, über folgende Frage zu berichten:

1) Welchen Flächengehalt hat derjenige Abschnitt von Gew. 2. Nr. 1 A. B. C., welcher begrenzt wird:

— — — — — —

2) Welcher Flächengehalt von diesem Abschnitt ist

a) von der Frankfurt-Hanauer-Eisenbahngesellschaft übernommen worden?

b) dem Pflegamt des Hospitals zum heiligen Geist verblieben?

3) Welchen Flächengehalt hat der Rest von Gew. 2. Nr. 1 A. B. C. nach Abzug des unter 1 beschriebenen Abschnittes, wie viel von diesem Reste hat die Eisenbahngesellschaft übernommen, wie viel ist davon dem Hospitale verblieben?

III. Der Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Erkenntnisse des Appellationsgerichts

vom 19. August 1853.

Nr. 1222. Auf Appellation des Klägers.

Die erste Beschwerde ist insofern ungegründet, als die gänzliche Verwerfung des von den Taxatoren Rumbler, Wiemer und Sconto erstatteten Gutachtens beantragt wird, da dieses Gutachten, abgesehen davon, daß die drei Experten über die Bestimmung des Werthes sowohl der in die Bahn fallenden Stücke, als des Minderwerths der übrig bleibenden Stücke einverstanden sind (in welchem Falle nach § 35 des Expropriations-Gesetzes vom 22. Juni 1847 ohnehin keine dritte Schätzung stattfindet) — gehörig motivirt, auch in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden ist. —

— — — — — —

Die zweite Beschwerde ist gegründet. Nach dem § 35 des Expropriations-Gesetzes vom 22. Juni 1847 findet zwar eine dritte Taxation nur dann Statt, wenn die Schätzungsangaben der vorhandenen Taxation nach dem Ermessen des Gerichts wesentlich von einander abweichen.

Nun sind zwar die Bauverständigen Kayser, Ritter und Renk darin einverstanden, daß der Morgen zu fl. 5000 angeschlagen wird, dagegen weichen sie in zwei Punkten von einander ab, indem

a) Ritter und Renk eine Tiefe von 350 Schuh Werkmaaß, Kayser aber eine Tiefe von 510 Schuh Feldmaaß zuläßt.

b) Ritter und Renk einen Minderwerth von fl. 2000 für die verbleibenden Parcellen geſtatten, während Kayſer den Unterſchied von Bauplatz und Ackerland als Minderwerth anerkennt.

Dieſe Schätzungsangaben ſind als weſentlich von einander abweichend zu erkennen und ſonach eine dritte Schätzung jedoch nicht bloß des Minderwerths zuläſſig.

Die dritte Beſchwerde iſt gegründet. Durch ſtadtgerichtliches Decret vom 4. Februar 1848 wurde die klagende Eiſenbahngeſellſchaft ſchuldig erkannt, dem beklagten Pflegamt fl. 62,606. 27 kr. nebſt einvierteljährigen Zinſen in Gemäßheit § 25 des Expropriationsgeſetzes vom 22. Juni 1847 zu bezahlen.

Wenn beklagte Behörde einen Theil dieſes Capitalbetrags nebſt 5 pCt. Zinſen vom Tage der Zahlung zurückerſtatten muß, ſo muß ſie auch 5 pCt. Zinſen von obengedachten Zinſen entrichten, da dieſe vierteljährigen Zinſen weder vertragsmäßige, noch Verzugszinſen ſind, ſondern vermöge des Geſetzes als ein Theil des Capitals betrachtet werden müſſen.

Aus dieſen Gründen wird das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 23. Mai 1853 dahin abgeändert:

1) daß eine neue Taxation der Bauverſtändigen vorzunehmen ſei,

2) daß von demjenigen Betrage, welcher ſeiner Zeit etwa von dem beklagten Pflegamt an die klagende Eiſenbahngeſellſchaft zu entrichten ſein wird, welches erſt nach nochmaliger Taxation der Bauverſtändigen beſtimmt werden kann, nicht allein 5 pCt. Zinſen von dem ſeiner Zeit zuviel bezahlten Capitale, ſondern auch von den einvierteljährigen Zinſen entrichtet werden müſſen.

Die Koſten gegenwärtiger Inſtanz werden gegeneinander aufgehoben und die Rückſendung der Acten verordnet.

Nr. 1221. Auf Appellation des Beklagten.

Wird zu Recht erkannt:

Soviel:

1) das Geſuch um eine neue Taxation der als Bauplätze bezeichneten Grundſtücke betrifft, ſo wird von klagender Eiſenbahngeſellſchaft das nämliche Geſuch geſtellt und iſt in dem am heutigen auf die Appellation gedachter Eiſenbahngeſellſchaft ergangenen

Decrete bereits erkannt, worauf hier Bezug genommen wird. Was sodann

2) das Gesuch um Aufhebung membri I des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 23. März 1853 betrifft, so kann, da eine neue Taxation der Bauverständigen erforderlich ist, mithin erst noch bestimmt werden muß, welcher Betrag nach der neuen Taxation dem einen oder anderen Theile zu Gute kommen wird, von einer Herausgabe eines bestimmten Betrags vorerst noch keine Rede sein.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden gegeneinander aufgehoben und die Rückfendung der Acten verordnet.

Auf weitere Appellation des Klägers wurden die Erkenntnisse des Appellationsgerichts durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 30. September 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Durch die in voriger Instanz auf Appellation beider Theile unterm 19. August 1853 ergangenen zwei Erkenntnisse, welche bei Connexität der früheren beiderseitigen Beschwerden, sowie nach der in dem Einen auf das andere beliebten Bezugnahme gewissermaaßen als Ein Urtheil zu behandeln und gegenwärtig beide Seitens des klägerischen Verwaltungsraths appellando angefochten worden sind, ist

I. die im stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 23. Mai 1853 sub I. enthaltene sofortige Condemnation des beklagten Pflegamts zur Rückzahlung von fl. 20,523. 41 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom Tag der erhaltenen Zahlung ab, zwar

1) mit ausdrücklichen Worten nicht aufgehoben, in dem das (auf Appellation des Beklagten ergangene) Erkenntniß sub Nr. 1221 ungeachtet das Gravamen I. des Beklagten gerade gegen diese alsbald erfolgte Verurtheilung gerichtet, auch ausdrücklich um Aufhebung der sententia a qua gebeten war, nur sich darüber ausspricht, welche Folge bezüglich etwaiger Herausgabe auf die im eigentlichen Expropriations-Verfahren dem Pflegamt zuerkannten

und ausbezahlten Entschädigungssummen an die durch das andere (auf Appellation des Klägers ergangene) Erkenntniß sub Nr. 1222 angeordnete neue Taxation der Bauverständigen sich knüpfe, auch die stadtgerichtliche Entscheidung nur dahin abgeändert worden ist, daß eine neue Taxation von Bauverständigen vorzunehmen sei. Es ist ferner sogar

2) durch das letzterwähnte Erkenntniß sub Nr. 1222 in so fern die stadtgerichtliche Condemnatoria noch ergänzt, als das Appellationsgericht in Anlaß der dritten klägerischen Beschwerde voriger Instanz sich dahin ausgesprochen hat, es würden, soviel den seiner Zeit etwa an die klagende Eisenbahngesellschaft auf die gezahlte Entschädigungssumme zu restituirenden Betrag betreffe, Zinsen zu 5 pCt. nicht bloß von dem zu viel bezahlten Capitale, sondern auch von den nach § 25 des Expropriations-Gesetzes stets dem expropriirten Theile zukommenden vierteljährigen Zinsen entrichtet werden müssen. Es kann dagegen

3) nach dem materiellen Inhalte der sententiae a quibus keinem Zweifel unterliegen, daß das Appellationsgericht die Frage, ob und bis zu welchem Belaufe Kläger für die von ihm dem Beklagten ausbezahlten Expropriations-Entschädigungen einen Anspruch auf partielle Rückzahlung habe, zu künftiger rechtlicher Entscheidung, welche nach vollständiger Erledigung der in der einen oder anderen Richtung, das heißt in Betreff des Feldwerthes der expropriirten Ländereien oder hinsichtlich der für Bauplätze erklärten Parcellen etwa noch eintretenden Retaxationen von dem Stadtgerichte neu zu treffen wäre, nicht bloß zu verstellen beabsichtigt, sondern auch wirklich verstellt hat. In sofern ist die in dem Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 23. Mai 1853 bereits erfolgte Verurtheilung des Pflegamts, dessen Anträgen gemäß als zur Zeit überall noch nicht möglich, aufgehoben, und hat gedachtes Stadtgerichts-Urtheil nur eine eventuelle und principielle Anerkennung resp. Ergänzung einerseits darin erhalten, daß das Pflegamt, falls es eine zu hohe Entschädigung erhalten, in so weit restitutionspflichtig sei, andererseits dahin, daß das Pflegamt selbst für die zu viel empfangenen vierteljährigen gesetzlichen Zinsen zu einer Verzinsung der etwa zu restituirenden, künftig näher festzustellenden Summe

ſchuldig ſei. Dieſe unter der Form bloßer Modification erfolgte Aufhebung der ſtadtgerichtlichen Condemnatoria erſcheint nun auch

a) vollkommen gerechtfertigt. Denn der Betrag deſſen, was dem Pflegamt für Abtretung resp. Werthverminderung an Ackerland auf Grund der erſten Feldtaxation im eigentlichen Expropriations-Verfahren, theils durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 4. Februar 1848

mit . . . . . fl. 62,106. 27 kr.

theils durch das Urtheil vom 26. Mai ejusd.

sub I. und II. mit fl. 8504. 34 kr. und

fl. 22,588. 58 kr., ſonach zuſammen mit „ 31,093. 32 „

alſo im Geſammtbetrage von . . . . . fl. 93,199. 59 kr.

zuerkannt und demnächſt ausbezahlt worden iſt, beläuft ſich nicht ſo hoch, als die durch die jetzige übereinſtimmende Feldtaxation ermittelte Entſchädigungsſumme, welche auf fl. 110,333. 39 kr. feſtgeſtellt iſt, und ſelbſt bei definitivem Wegfalle der Summe von fl. 1500, welche von den Taxatoren für $^3/_4$ Morgen unbenutzten, zum bloßen An- und Abfahren beſtimmten, nach Anſicht des Stadtgerichts bisher gar nicht zur Sprache gekommenen, nach der des Klägers wenigſtens nicht zur Taxation mitverſtellten Landes angeſetzt wird, den Betrag der dem Pflegamt gewordenen Ackerentſchädigung überſteigen würde. Hienach aber kann davon, daß Letzterer zu viel empfangen habe, und kann von Reſtitutionspflicht des Pflegamtes nur auf die demſelben wegen angeblicher Bauplatz-Qualität und beßfallſigen Minderwerths der neunzehn Parcellen durch das Erkenntniß vom 26. Mai zuerkannten Summen die Rede ſein, und darüber wird natürlich erſt nach definitiver Erledigung der zur Zeit noch ſchwebenden Streitfrage, ob die neuen Gutachten der Bauverſtändigen aufrecht zu erhalten ſeien, oder eine dritte Taxation der Art Statt zu finden habe, ſowie je nach dem Ergebniſſe der Letzteren erkannt werden können.

Zur Zeit läßt ſich ſelbſt abgeſehen davon, daß doch auch das Pflegamt ſeinerſeits die erſten Gutachten der Bauverſtändigen mittelſt des Separati und zwar mit in der Richtung angefochten hat, es ſei der Bauplatzwerth nicht nach den bei Privatverkäufen gezahlten Preiſen bemeſſen, ſonach zu geringe angeſetzt, und daß

wenigſtens möglicher Weiſe die jetzt in Frage ſtehende dritte Begutachtung durch Bauverſtändige zu Gunſten des Pflegamts und auf eine noch höhere Entſchädigungsſumme, als durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. Mai 1848 in ſolcher Richtung zuerkannt worden, ausfallen könnte, nur ſo viel behaupten, daß vielleicht die klagende Eiſenbahngeſellſchaft dem Pflegamt für Bauplatzwerth und an deßfallſiger Werthsverminderung zu viel gezahlt haben möchte, und daß eben ſowohl bei einem zu ihren Gunſten erfolgenden Ausſpruche, es ſei die jetzt ſtreitige zweite Taxation durch Bauverſtändige aufrecht zu erhalten, als auch in dem Falle, wenn etwa die dritte Taxation kein dem Pflegamt günſtigeres Reſultat hätte, ein Anſpruch des Klägers auf theilweiſe Reſtitution der ausgezahlten Entſchädigungsgelder begründet ſein könnte. Dieſer Anſpruch würde übrigens immer auch nur in Betreff der Bauplatz-Entſchädigung, alſo nur auf die durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. Mai 1848 zuerkannten Summen von fl. 19,414. 11 kr. und fl. 32,600. 29 kr. anzuerkennen und ſeinem Betrage nach erſt noch feſtzuſtellen ſein, ehe von einer deßfallſigen Condemnation, wie das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 23. Mai 1853 ſolche ausgeſprochen hat, die Rede ſein könnte.

Wie aber hiernach die Beſeitigung jener Verurtheilung durchaus zu billigen iſt, hat auch

b) klagende Eiſenbahngeſellſchaft ſich direkt dieſerhalb in keiner Weiſe beſchwert, auch ſolches um ſo weniger gekonnt, weil ſie ihrerſeits dabei bleibt, daß eine neue Feldtaxation eintreten müſſe, deren Ergebniß aber und zu weſſen Gunſten dieſelbe ausfallen würde, ſich zum Voraus gar nicht bemeſſen läßt, weil ſie zugleich in Betreff des Gutachtens der Bauverſtändigen wenigſtens partiell mit deſſen Beiſeitſetzung einverſtanden iſt, und verlangt, daß über die Werthverminderung der dem Pflegamte verbliebenen Theile des als Bauplatz anzuerkennenden Areals ein neues Gutachten erhoben werde.

Bei ſolcher in Vorſtehendem näher entwickelten Sach- und Prozeßlage und da

4) die implicite erfolgte Aufhebung des ſtadtgerichtlichen Decisi sub II. wodurch der Stadtgeometer angewieſen wurde, auf

Grund und nach Maaßgabe des Gutachtens der Bauverständigen Renk und Ritter die zur Berechnung der Entschädigungssumme erforderlichen Ausmessungen u. s. w. vorzunehmen; sich mit erkanntem resp. zu bestätigendem Wegfalle der bisherigen und mit Eintritt einer neuen Bautaxation von selbst rechtfertigt, im Übrigen auch dieserhalb weder direkt von dem klagenden Verwaltungsrathe Beschwerde geführt noch auf Herstellung des stadtgerichtlichen Urtheils irgend ein Antrag gestellt ist, reducirt sich, abgesehen von dem Kostenpunkte,

II. die jetzt zu treffende Entscheidung lediglich auf die beiden Fragen:

A. ob den vom Kläger ad Gravamen I. voriger Instanz gestellten, durch die Sententia a qua verworfenen und jetzt mittelst der ersten Beschwerde wiederholten Anträgen gemäß das Gutachten der Feldverständigen Rumbler, Wiemer und Sconto ganz zu verwerfen und eine neue Schätzung des Ackerlandes durch andere Sachverständige anzuordnen, eventuell wenigstens den erstgedachten Experten ein nachträgliches motivirtes Gutachten über den Werth des Geländes in Gew. II. Nr. 1 A bis C. als Ackerland und über den Nachtheil, welchen die beim Riederhofgute verbliebenen Parcellen im Einzelnen und das Gut im Ganzen erleide, aufzugeben sei?

B. Ob es, wogegen die jetzige zweite Beschwerde des Klägers gerichtet ist, bei der durch die appellationsgerichtlichen Erkenntnisse verfügten völligen Verwerfung der von den Bauverständigen Kayser, Ritter und Renk erstatteten Gutachten und Anordnung einer ganz neuen Taxation durch Bauverständige sein Bewenden zu behalten habe, oder ob, wie klägerischer Seits im Gravamen II voriger Instanz allein beantragt war, nur bezüglich des Minderwerths des (beim Gute) verbleibenden, mit Bauplatz-Eigenschaft behafteten Geländes eine neue Schätzung durch anderweit zu ernennende Sachverständige anzuordnen sei?

In beiden Beziehungen konnte aber die klägerische Beschwerdeführung für begründet nicht anerkannt werden und sonach nur Confirmation des angefochtenen Erkenntnisses des Appellationsgerichts erfolgen. Denn es ist

ad A. das von den Feldverſtändigen abgegebene Gutachten ſowohl ſeiner Begründung nach, wie in Betreff der Taxſumme ein einſtimmiges, ſonach ſchon dieß entſcheidend, daß

1) die Vorausſetzung, unter welcher allein, nach dem völlig klaren, ohne allen Grund klägeriſcher Seits angezweifelten Wortlaute, Sinne und Zuſammenhange des § 35 des Expropriations-Geſetzes vom Jahr 1847 eine dritte Taxation ſoll ſtattfinden können, hier überall nicht vorhanden iſt, eine Abweichung nämlich „der Schätzungsangaben" der einzelnen Sachverſtändigen von einander und zwar eine nach dem Ermeſſen des Gerichts „weſentliche", daher es denn auch näheren Eingehens auf den Grund oder Ungrund der beklagtiſchen Bemerkung, es ſei bei Übereinſtimmung der zweiten Taxation nach ſeitheriger Frankfurter Praxis noch niemals eine dritte zugelaſſen worden, ſo wenig bedarf, als des Hinweiſes darauf, daß nach

Bender, Handbuch des Frankfurter Civilprozeſſes § 78. sub 1. Not. 2 in fin.

ſelbſt eine zweite nicht leicht bei Einſtimmigkeit der erſt hinzugezogenen Schätzer Platz greifen ſoll. Sodann aber ſind auch

2) alle die Ausſtellungen, welche man klägeriſcher Seits gegen das fragliche Gutachten, theils um deſſen gänzliche Verwerflichkeit zu deduciren, theils um die Nothwendigkeit nachträglicher beſſerer Motivirung deſſelben darzulegen, vorgebracht hat, entweder in factiſcher Beziehung für ganz grundlos und auf Mißverſtand resp. Mißdeutung des Gutachtens beruhend zu erachten, oder doch nicht für ſo erheblich zu halten, daß darauf hin, trotz Überſtimmung der Sachverſtändigen, eine neue Expertiſe ſich rechtfertigen ließe.

Wenn nämlich:

a) der Vorwurf erhoben wird, es hätten die Sachverſtändigen das expropriirte Areal nicht als Feldland und nach ſeinem bisherigen Ackererträgniſſe, ſondern als Gartenland und nach dem für die bis jetzt Statt gefundene Benutzungsweiſe gar nicht zutreffenden, auf bloßer künftiger Möglichkeit baſirten Maaßſtabe taxirt, daß es in ſeinen, der Stadt zunächſt belegenen Theilen zwiſchen Niederbergweg, Chauſſee und Rechneigraben ſich zu Bleich-, Kunſt- und Handelsgärten, wie überhaupt zu jedem

Geſchäft eigne, ſo darf in letzterer Hinſicht nicht überſehen werden, daß ſich die betreffende Äußerung nur in dem einleitenden Theile des Gutachtens findet, welcher eine allgemeine Beſchreibung des Riederhofgutes zu geben beſtimmt iſt. Die anderweite Äußerung aber der Experten, ſie ſeien die einzelnen Parcellen des Landes in ihrer Ertragsfähigkeit zu beurtheilen außer Stande geſetzt geweſen, ſoll nur auf die inzwiſchen ſeit der Expropriation eingetretene anderweite Wirthſchaftseintheilung hinweiſen, ſowie die Nothwendigkeit zweimaliger Augenſcheinseinnahme und der Zuziehung des Stadtgeometers erklären. Hingegen iſt da, wo ſich die Experten über den Werth der expropriirten Parcellen im Einzelnen ausſprechen, weder geſagt, noch irgend angedeutet, es ſei die Schätzung nach einem anderen Maaßſtabe geſchehen, als nach der dermaligen und der agrariſchen Beſchaffenheit und Ertragsfähigkeit des fraglichen Landes. Daß ferner

b) in Pauſch und Bogen die Taxation des Grund- wie des ſpeciellen Minderwerths Statt gefunden habe, iſt nur in Betreff einzelner Parcellen wahr, könnte alſo nie zu Beſeitigung des ganzen Taxats führen.

Überdieß ſteht weder das hier eingeſchlagene Verfahren mit der den Experten gemachten Auflage im Widerſpruch, indem das Stadtgerichtserkenntniß vom 26. April 1850, wie das ihm zu Grunde liegende vom 18. November 1846 nur generell und im Ganzen, nicht aber für jede einzelne Parcelle die Taxation des Feldwerthes verfügt hatte, noch auch dürfte an ſich ein derartiges Zuſammenfaſſen mehrerer in und aneinander belegener und ſchon dadurch in Betreff ihres Werths und Ertrags einer gegenſeitigen Beziehung und Einwirkung unterliegenden Acteuſtücke als verwerflich und der Ermittelung ihres wahren und vollen Werthes hinderlich erachtet werden können.

Am wenigſten kann ſolches im vorliegenden Falle für ſchlechthin unſtatthaft erachtet werden, wo es ſich nach Inhalt des Gutachtens, verglichen mit Klageanlage 2, um kleine, zur ſelbſtſtändiger Bewirthſchaftung und Benützung ungeeignete, bisher zu ganz verſchiedenen Gewannen gehörige Parcellen handelte, und wo die Taxation erſt lange nach Vollendung der Bahn eingetreten iſt,

ſonach für die in die Bahnlinie gefallenen Parcellen zumeiſt nach dem davon längs des Niederbergweges abgeſchnitten und mitübernommenen Areal geſchehen mußte. Weiter kann

c) die Nichtberückſichtigung des ſeither vom geſammten Hofgute gezogenen Pachtertrags um ſo weniger den Sachverſtändigen zum Vorwurfe gereichen, oder deren Taxe wie eine ins Blaue hinein geſchehene erſcheinen laſſen, als gerade das Stadtgerichtserkenntniß vom 26. April 1850, durch welches die erſte Taxation annullirt und die jetzt in Frage ſtehende angeordnet war, ausdrücklich erklärt und damit gewiſſermaaßen den Experten eine Inſtruction dahin ertheilt hatte, es könne die Größe des fraglichen Pachtzinſes in keiner Weiſe als Maaßſtab für die Feſtſtellung des Grundwerthes dienen.

Übrigens hat man aber auch klägeriſcher Seits in erſter Inſtanz dieß Mißverhältniß zwiſchen Taxe und bisherigem Pachtvertrage weniger als einen ſelbſtſtändigen Anfechtungsgrund, ſondern zumeiſt nur zu Unterſtützung

d) des weiteren Vorwurfs benutzt, daß die bis zu fl. 3000 pro Morgen anſteigende und ſelbſt für die ſchlechteſten und entfernteren Parcellen noch zu fl. 800 angenommene Taxe eine exorbitant hohe ſei, was allein ſchon, oder doch in Verbindung mit den übrigen Mängeln die Annullation der Expertiſe zur Nothwendigkeit mache. Dieſer Einwand aber entbehrt einerſeits, was doch Sache des Appellanten geweſen wäre, jeder ausreichenden Begründung, indem namentlich, was über den zwiſchen beklagtem Pflegamt und dem der Verſorgungsanſtalten zu Catharinen und Weißfrauen neuerlich abgeſchloſſenen Landverkauf, übrigens zumeiſt erſt im jetzigen Separatum, vorgebracht iſt, bloß dann von einigem Gewichte ſein könnte, wenn eine völlige Parität des fraglichen und des hier ſtreitigen Landes in Bezug auf Lage, Beſchaffenheit, Ertragsfähigkeit u. ſ. w. nachgewieſen wäre. Andererſeits kann auch überhaupt bei der Übereinſtimmung aller drei Sachverſtändigen über den je nach Entfernung der Stadt von fl. 5000 bis zu fl. 800 pro Morgen ſinkenden Grundwerth des expropriirten Geländes die Höhe der Schätzungsſumme für ſich allein keinen Grund zur Beiſeitſetzung des Gutachtens abgeben, und hier um ſo weniger,

als, was klägerischer Seits in jetziger Instanz über den Ackerpachtzins bemerkt ist, zu dem für die entfernteren Parcellen in Ansatz gekommenen Grundwerthe kaum im Mißverhältnisse steht, der für die nächstbelegenen Parcellen aber mit fl. 3000 pro Morgen angenommene Werth durch die früheren, hierin conformen und aus ganz anderen Gründen als wegen Exorbitanz annullirten Gutachten von Freyeisen, Werle und Heister sogar eine Unterstützung findet. Da nun auch

e) eine Ergänzung oder Berichtigung der Motive an dem Resultate des Gutachtens, das heißt an der Schätzungssumme an sich nichts ändern würde, noch deren Reduction zur nothwendigen Folge haben mußte, da zugleich sich nicht verkennen läßt, daß der Minderwerth, welcher sowohl für das Gut im Ganzen, als für die einzelnen bei dem Gute verbliebenen Parcellen der verschiedenen Gewannstücke eingetreten sei, der Natur der Sache nach weniger im Einzelnen und in für Dritte vollkommen überzeugender Maaßen nachgewiesen zu werden vermag, daß vielmehr eine Taxation dieser Art zumeist Sache der Übung und des richtigen Tacts ist und sowohl auf allgemeiner gewissenhafter Erwägung der Umstände beruhen muß, als auch ihre Gewähr vor allem in der Persönlichkeit der Taxatoren findet, da endlich das Verlangen, daß für die Gew. II. Nr. 1 A bis C. auch die Grundwerths-Taxe noch besser motivirt würde, offenbar nur in dem ad a. schon widerlegten Vorgeben wurzelt, es hätten die Taxatoren nicht nach dem dermaligen Ackererträgniß und Werthe die von ihnen angegebenen Summen bemessen, so erscheint es in jeder Weise gerechtfertigt, wenn das Appellationsgericht die in Frage stehende Feldtaxation als maaßgebend aufrecht erhalten und die, jetzt wiederholte deßfallsige Beschwerde des Klägers sowohl ihrem principiellen, wie ihrem eventuellen Theile nach als unbegründet verworfen hat.

Für zweifelhafter konnte es

ad B. erachtet werden, ob die Gutachten der Bauverständigen mit Recht von dem Appellationsgerichte gänzlich bei Seite gesetzt worden seien und ob wirklich zu einer dritten Expertise durch neue Sachverständige, theils die Präjudizialfrage wegen Bauplatz-Qualität, theils die Grund- und Minderwerthsschätzung der für Bauplätze erklärten Parcellen zu verstellen war. Denn wie

1) eine Übereinstimmung zwischen den beßfallsigen Anträgen beider Parteien, angenommen auch, daß dieß allein schon entscheidend wäre, insofern doch eigentlich nicht vorlag, weil zwar beklagtischer Seits eine vollständige neue Expertise und zwar *principaliter* verlangt war, dagegen klagende Eisenbahngesellschaft nur die Minderwerthstaxe als einer Wiederholung bedürftig und zwar bloß eventualissimis bezeichnet hatte, so ließe sich auch wohl

2) manches dafür sagen, daß die Gutachten von Renk und Ritter einer, und von Kayser andererseits in zu vielen Punkten, namentlich darin, ob die mehr östlich längs des Rieberbergweges belegenen Parcellen der Bauplatz-Qualität entbehrten, sowie in Betreff des Grund- und Minderwerthes der westlichen gegen die Chaussee hin belegenen Grundstücke mit einander übereinstimmten, um eine wesentliche Abweichung in den Schätzungsangaben hier anzunehmen.

Auf der anderen Seite könnte nicht bloß

3) das Bedenken entstehen, ob das Resultat, zu welchem die Experten gelangen, daß nämlich nur dem letztgedachten Theile der Gew. II. Nr. 1 A bis C. Bauplatz-Qualität beizulegen sei, mit ausreichender Sicherheit aus demjenigen folge, was dieselben zur Motivirung ihres Gutachtens, theils über die Voraussetzungen, unter welchen überhaupt Bauplatz-Qualität einem Grundstück zuzusprechen sei, theils über die Beschaffenheit des hier fraglichen Areals und über die Verwendbarkeit der hier in Rede stehenden Flurgegend zu städtischen Zwecken selbst bemerkt haben, sondern es stellt sich auch

4) dieß als ein nicht zweifelloser Punkt dar, ob, davon ausgegangen, daß eine wesentliche Divergenz nicht vorliege, in Betreff der Frage, in welcher Maaßen die Bauplatz-Qualität anzunehmen und die hieraus nach den anderweiten Schätzungsangaben sich für das Pflegamt ergebende Grund- und Minderwerthsentschädigung zu bestimmen sei, lediglich die Majorität, wie im Stadtgerichts-Erkenntnisse geschehen, entscheide, sonach das Kayser'sche Gutachten ganz unberücksichtigt bleiben müsse, oder ob etwa, da zwischen den beiderseitigen Gutachten doch nur darüber eine quantitative Differenz besteht, bis zu welchem Flächengehalt das an die Chaussee angrenzende Areal Bauplatz-Qualität habe und pro Morgen zu

fl. 5000 Grund- und zu fl. 2000 Minderwerth zu taxiren ſei, es ſtatthaft und angemeſſen ſein würde, von der bei Zugrundlegung der Renk-Ritter'ſchen Anſicht ſich ergebenden Entſchädigung und von demjenigen Betrage, welcher nach Maaßgabe des Kayſer'ſchen Gutachtens dem Pflegamte zukäme, die Durchſchnittsſumme zu ziehen, und dieſe als den wegen angeblicher Bauplatz-Qualität an Grund- und Minderwerth dem Pflegamte gebührenden Erſatz zu betrachten.

Indeſſen dürfen alle vorſtehend berührten Bedenken auf ſich beruhen bleiben, weil

5) die formelle Sachlage unvermeidlich zu einer Renovation der ganzen Expertiſe durch andere Bauverſtändige führte.

Herſtellung nämlich des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes iſt ſo wenig vom Appellant in jetziger Inſtanz beantragt, als irgend welche andere Entſcheidung, welche auf Grund und nach Maaßgabe der Renk-Ritter-Kayſer'ſchen Expertiſe die definitive Erledigung der ſtreitigen Bauplatzfrage entweder alsbald bewirkt, oder doch mittelbar herbeiführte, vielmehr iſt Appellant damit einverſtanden, daß eine Retaxation eintrete, und will nur auf die Ermittelung des Minderwerths ſolche beſchränkt wiſſen.

Es würde alſo einerſeits, wollte man ſchlechthin und in allen Richtungen an oberwähnter Expertiſe feſthalten, die daraufhin erfolgende Entſcheidung ultra und citra petitum ergehen, oder gar als unzuläſſige reformatio in pejus aufgefaßt werden können. Andererſeits iſt zwar vom Beklagten die angebliche Praxis nicht ausreichend belegt, welche dafür beſtehen ſoll, daß, wenn auch nur hinſichtlich der Minderwerthstaxe eine weſentliche Abweichung beſtehe, immer eine ganz neue und niemals eine bloße partielle Retaxation angeordnet werde. Als ſachentſprechend wird dieß aber allerdings anerkannt werden müſſen. Denn nicht bloß darf es überhaupt bedenklich erſcheinen, Gutachten, welche doch ſtets als ein in ſich abgeſchloſſenes Ganzes aufgefaßt werden müſſen, je nach den einzelnen Momenten, in welchen ſich eine conforme oder difforme Anſicht ihrer Urheber kund gibt oder deduciren läßt, zu zerſtückeln und zu gleicher Zeit als übereinſtimmend aufrecht zu erhalten, wie als divergirend bei Seite zu ſetzen.

Vollends aber stehen die Fragen, welchen Werth ein Grundstück nach seiner ursprünglichen Totalität und Verwendbarkeit gehabt habe, und inwiefern resp. wie hoch sich eine Werthsminderung theils aus der Trennung in einzelne Parcellen, theils aus einer in Folge hievon eintretenden Unmöglichkeit ergebe, in der früheren Maaße fernerweit das eine oder andere Stück zu benutzen, in einem viel zu engen Zusammenhang, als daß über jede derselben das Gutachten anderer Personen dem Richter eine verläßliche Norm darbieten könnte.

Und nicht minder hängt die Entscheidung über die Werthfrage überhaupt so sehr von der Ansicht über die Beschaffenheit und Verwendbarkeit der Sache ab, daß von einem Experten die Taxation von Grundstücken, welchen ein anderer die Bauplatz-Qualität zugesprochen hätte, er selbst aber nicht beilegen zu können vermeinte, oder wo das umgekehrte Verhältniß einträte, weder billiger Weise verlangt, noch in verläßlicher Maaßen erwartet werden kann.

Es war daher bei der vom Appellationsgericht angeordneten neuen Taxation der Bauverständigen zu belassen, welche übrigens nur Wiederholung der durch den Stadtgerichtsbescheid vom 26. April 1850, sub 4 angeordneten Expertise sein kann und soll, wie letztere auf Grund und nach Wortlaut des in Rechtskraft übergegangenen, die erste Taxation betreffenden Decrets sub B. vom 18. November 1846 angeordnet war, selbstverständlich allein auf Grundlage des Erkenntnisses vom 26. April 1850, nicht aber des — — aus offensichtlichem Versehen in der Sententia a qua Nr. 1221 als maaßgebend bezeichneten Decrets vom 4. Februar 1848 wird erfolgen können. Indem nun aber solchergestalt in der Hauptsache die in der vorigen Instanz ergangenen Entscheidungen als gerechtfertigt anzuerkennen waren, konnte auch das jetzige Gravamen III. des Klägers, daß das Appellationsgericht die Kosten voriger Instanz in Betreff beider damaligen Appellationen compensirt habe, was ja nothwendige Folge der auf beiden Seiten, aber für jeden Theil nur partiell eingetretenen, jetzt bestätigten Reformation der stadtgerichtlichen Entscheidungen war, für begründet nicht erachtet werden, noch der klägerische Verwaltungsrath mit Tragung resp. Erstattung der in jetziger Instanz erwachsenen Unkosten verschont bleiben.

32.

Seligmann L. Bergen, Kläger, gegen **Simon S. Haas**, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. Februar 1853.

In Erwägung,

1) daß der Beklagte die Einrede der verfrüheten Klage und der Zuvielforderung vorschützt,

a) weil er die Rückzahlung der beiden Beträge von fl. 1169. 54 kr. und fl. 1627. 32 kr. in [2] zugesagt habe, sobald es seine Vermögensverhältnisse erlauben würden, was noch nicht der Fall sei,

b) weil der dritte Termin der von dem Kläger übernommenen Schuld seines, des Beklagten, Vaters an Jacob Simon Cahn von fl. 1169. 54 kr. erst im December 1853 fällig werde,

c) weil Kläger diese Schuld von fl. 1169. 54 kr. von Jacob Simon Cahn durch Zahlung von sechzig Stück ausländischer Friedrichsd'or zum Course von fl. 9. 40 kr. mit fl. 580 gänzlich abgefunden habe;

2) daß jedoch der Einwand des Beklagten, seine Vermögensverhältnisse erlaubten die Rückzahlung noch nicht, in dem Executions-Verfahren seine Erledigung finden wird, den Kläger aber zumal nach Ablauf mehrerer Jahre seit ausgestellter Schuldurkunde an Erhebung der Klage nicht hindern kann;

3) daß auch der Einwand, die dritte Rate der Schuld an Cahn werde erst im December 1853 fällig, schon darum keine Beachtung finden kann, weil nach eigner Behauptung des Beklagten die ganze Schuld an Cahn bereits getilgt ist;

4) daß jedoch der Kläger, welcher replicando zugibt, die Cahn'sche Forderung von fl. 1169. 54 kr. um einen geringern

Betrag gänzlich abgefunden zu haben, die Rückerſtattung eines Mehreren nicht verlangen kann, und im Übrigen als auf Erſtattung ſeiner Auslagen klagender Mandatar den Beweis übernehmen muß, daß zur Abfindung mehr als fl. 580 und bis zur Summe von fl. 600 bezahlt habe, wird zu Recht erkannt:

Beklagter iſt ſchuldig, dem Kläger binnen vierzehn Tagen zu bezahlen,

a) den Betrag von fl. 1627. 32 kr. ſammt Verzugszinſen vom 11. September 1852 an,

b) den Betrag von fl. 530 ſammt 5 pCt. Verzugszinſen vom 11. September 1852 an.

Kläger hat binnen gleicher Friſt, vorbehältlich des Gegenbeweiſes, rechtsgenügend darzuthun:

daß er die Schuld an Jacob Simon Cahn mit mehr als fl. 580 und mit wie viel mehr bis zu fl. 600 abgefunden habe,

in welchem Fall in der Hauptſache, ſowie der Koſten wegen weitere Verfügung erfolgen wird.

Erkenntniſſe des Appellationsgerichts

vom 15. April 1853.

a) Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung, daß

A. zur erſten Beſchwerde ſich die Abweiſung der Klage bezüglich des Poſtens von fl. 1169. 54 kr. bis zum Betrage von fl. 580 resp. fl. 600 ausreichend rechtfertigt, indem Kläger, welcher ſeine Klage lediglich auf die von dem Beklagten in [2] der Acten erſter Inſtanz übernommenen Verbindlichkeit gegründet hat, ſich jedenfalls, mag er nun einerſeits als Bürge oder als Conſtituent, andererſeits als Mandatar oder Negotiorum gestor für den Beklagten gezahlt haben, an denſelben immer nur in dem Maaße regreſſiren kann, als er ſelbſt gezahlt hat,

B. zur zweiten Beſchwerde, die dem Kläger gemachte Beweisauflage der Actenlage vollkommen entſpricht, indem derſelbe repli-

cando die Behauptung des Beklagten, daß die Abfindung der Cahn'schen Forderung um einen geringern, als den nominellen Betrag geschehen sei, und zwar bis zum Betrage von fl. 580 eingeräumt hat, seine eigne weitergehende Behauptung aber, daß jene Abfindung um fl. 600 Statt gefunden habe, von dem Beklagten ausdrücklich in Abrede gestellt worden ist, endlich

C. zur dritten Beschwerde bewandten Umständen nach sich die Aussetzung des Erkenntnisses über den Kostenpunkt von selbst rechtfertigt,

wird die von dem Kläger anher ergriffene Berufung verworfen, und derselbe in die dadurch verursachten Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt.

b) Auf Appellation des Beklagten.

Wenn der Beklagte sich durch das vorige Erkenntniß um deßwillen beschwert erachtet, weil die von ihm in doppelter Beziehung vorgeschützte Einrede der verfrühten Klage verworfen worden sei, so ist diese Beschwerde ungegründet. Denn

1) ist das Versprechen der Zahlung resp. Zurückzahlung, „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben," wenn es nicht als ein lediglich in der Willkür des Schuldners gestelltes, und darum hier überall nicht zu beachtendes, betrachtet werden will, ein so vages, selbst jeden Anhalts zu einer Beweisverstellung entbehrendes, daß sich die Beantwortung der Frage, ob dieser Moment dermalen eingetreten sei oder nicht, schließlich allerdings nur von einem Versuch der Execution erwarten läßt, zumal der Kläger mit Anstellung der Klage auf Zahlung eine billige Zeit zugewartet hat; und

2) hat der Beklagte, abgesehen davon, daß die drei Termine der Zahlungen von zusammen fl. 1169. 54 kr. zunächst nur in Beziehung auf die Forderung des Cahn in Betracht kommen, sich selbst darauf berufen, daß schon vor Ablauf des zweiten Termins diese Schuld gänzlich und zwar durch Zahlung einer Summe getilgt worden sei, welche noch nicht einmal den Betrag der beiden ersten Termine, deren letzter übrigens auch schon am 4. December

1852 erſchienen war, erreicht haben, ſo daß es bezüglich der dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeit gegen den Kläger der Abwartung jenes dritten Termins unter allen Umſtänden nicht weiter bedürfen würde.

Aus dieſen Gründen wird die anher ergriffene Berufung des Beklagten verworfen und Appellant in die dadurch verurſachten Koſten gegenwärtiger Inſtanz verurtheilt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 7. October 1854.

Auf beiderſeitige Appellation.

Erkannt:

daß die Formalien der beiderſeitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. April 1853, ſowie das durch dieſelben beſtätigte Erkenntniß des Stadtgerichts vom 2. Februar 1853 dahin resp. zu confirmiren und abzuändern ſeien, daß der Kläger mit der wegen des Jacob Simon Cahn'ſchen Schuldverhältniſſes weiter als auf fl. 600 geltend gemachten Forderung abzuweiſen, im Übrigen aber in einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Friſt, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweiſen ſchuldig ſei,

1) daß der Beklagte ſo viel an Activvermögen beſitze, daß er nach Abzug des für ſeinen und der Seinigen Lebensunterhalt Erforderlichen, die fraglichen fl. 1627. 32 kr. und fl. 580 eventualiter fl. 600 zu zahlen im Stande ſei; und

2) daß er die Schuld an Jacob Simon Cahn mit mehr als fl. 580 und mit wie viel mehr bis zu fl. 600 abgefunden habe.

Die Entſcheidung über die Koſten erſter Inſtanz bleibt bis zum Definitiverkenntniſſe ausgeſetzt. Die Koſten der klägeriſchen Appellation voriger, ſowie die Hälfte der Koſten gegenwärtiger Inſtanz ſind vom Kläger zu tragen, wogegen die übrigen Koſten beider Inſtanzen compenſirt werden.

Entſcheidungsgründe.

Was

I. die vom Kläger gegen das vom Appellationsgericht auf ſeine Appellation vom 15. April 1853 abgegebene Erkenntniß gerichtete Beſchwerdeführung anlangt, ſo konnte derſelben nicht entſprochen werden. Die

erſte klägeriſche Beſchwerde betrifft die Verwerfung desjenigen Theiles der eingeklagten Forderung von fl. 1169. 54 kr., welcher den von dem Kläger in Beziehung auf das Cahn'ſche Schuldverhältniß geſtändlich nur verausgabten Belauf von fl. 600, oder wie der Beklagte nur angibt, von fl. 580 überſteigt. — Nun führt die Natur des zwiſchen den Parteien eingegangenen, dieſen Gegenſtand betreffenden Verhältniſſes darauf hin, daß der Kläger ein Mehres als den wirklich aufgewendeten Betrag zu fordern nicht berechtigt ſein kann. Es lag nämlich eine fidejussio indemnitatis vor. Der Beklagte ſagte dem Kläger Vergütung für den Verluſt zu, welchen dieſer bei und durch Übernahme der Schuld des Haas sen. an Cahn erleiden würde. Dieß wurde in die Form einer Bürgſchaft oder, inſofern der Kläger als Intercedent für den Hauptſchuldner auftrat, einer Rückbürgſchaft eingekleidet, ſpeciell in diejenige eines mandatum tertii gratiam. Nun hat aber der Rückbürge oder Mandant dem Bürgen oder Mandatar nur für die bei Ausführung des betreffenden Geſchäfts wirklich gemachten Aufwendungen aufzukommen, und dieſe belaufen ſich im vorliegenden Falle nicht höher, als auf fl. 600 resp. fl. 580.

Das Argument des Klägers, daß er doch den vollen Betrag der fl. 1169. 54 kr. dann würde in Anſpruch nehmen können, falls er jene geſammte Summe oder das Mehre als fl. 600 resp. fl. 580 von dem Inhaber der von ihm ausgeſtellten Obligationen ſchenkungsweiſe erworben haben und in Folge dieſer Schenkung der Zahlungspflicht gänzlich oder theilweiſe enthoben worden ſein ſollte, iſt hier unanwendbar, weil eine Schenkung — welche übrigens, um im vorliegenden Falle von Relevanz zu ſein, dem Kläger zu deſſen alleinigen Gunſten hätte gemacht ſein müſſen — nicht behauptet worden iſt, im Gegentheil nichts weiter als die Thatſache vorliegt, daß die in Rede ſtehenden Obligationen mittelſt

eines geringeren Belaufes als deren Nominalbetrag ausmachte, eingelöst worden ſind.

Auf das aus dem Vorſtehenden ſich ergebende Reſultat führt auch die Wortfaſſung des vom Beklagten in Betreff der Cahnſchen fl. 1169. 54 kr. ausgeſtellten Verpflichtungs-Documentes hin. Der vorbemerkte von Haas sen. an Cahn geſchuldete Belauf ſollte in drei auf einander folgenden Jahren terminlich abgetragen werden. Der Kläger übernahm dieſe Abtragung als eigene Schuld, und der Beklagte verpflichtete ſich dagegen, ihm die Abtragung „zurückzuzahlen.“ Die Wahl dieſes Ausdrucks läßt keinen Zweifel darüber, daß der Beklagte erſt, nachdem der Kläger in Folge ſeiner gegen Cahn übernommenen Verbindlichkeit gezahlt haben würde, und zwar nur ſo weit als die Zahlung gereicht hätte, Rembours habe leiſten wollen und ſollen.

Wie hieraus der Ungrund der erſten vom Kläger aufgeſtellten Beſchwerde erhellet, ſo findet ein Gleiches in Betreff der

zweiten, auf die Beweislaſt in Betreff der Differenz zwiſchen fl. 580 und fl. 600 ſich beziehenden klägeriſchen Beſchwerde Statt. Denn da zufolge des Vorſtehenden dem Kläger in Betreff der fl. 1169. 54 kr. nur in ſo weit ein Anſpruch an den Beklagten zuſteht, als er jenen Belauf gänzlich oder theilweiſe gezahlt haben ſollte, ſo iſt die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger die Einlöſung der drei über die genannte Summe ausgeſtellten Obligationen mittelſt fl. 580 nicht, wie der Kläger angibt, mittelſt fl. 600 beſchafft habe, keine Einrede, ſondern ein Läugnen eines Theils des Klaggrundes, und hieraus ergibt es ſich von ſelbſt, daß der Kläger in Betreff der in Rede ſtehenden fl. 20 für beweispflichtig zu erachten iſt. Die

dritte Beſchwerde, die Verurtheilung des Klägers in die Koſten ſeiner Appellation zweiter Inſtanz betreffend, erledigt ſich bei der Verwerflichkeit ſeiner das Streitverhältniß ſelbſt betreffenden Gravamen ohne Weiteres.

Ein anderes Reſultat, als das oben dargelegte, mußte

II. in Betreff der vom Beklagten gegen das von der zweiten Inſtanz auf ſeine Appellation am 15. April 1853 abgegebene Erkenntniß gerichteten Beſchwerdeführung eintreten.

Anlangend nämlich die
erſte beklagtiſche Beſchwerde, ſo war derſelben

a) in Betreff deren erſten und Haupttheiles dahin beizupflichten, daß die rechtliche Stellung des Beklagten hier zu ungünſtig von den unteren Inſtanzen aufgefaßt worden iſt.

Die Gründe, auf welche die angefochtenen Entſcheidungen geſtützt ſind, können nicht als ausreichend betrachtet werden. Geſetzt, es wäre richtig, daß das Verſprechen der Zahlung: „ſobald es meine Vermögensverhältniſſe erlauben," als ein lediglich in die Willkür des Schuldners geſtelltes zu betrachten ſei, ſo würde hieraus nicht folgen, daß die hier in Rede ſtehende Beſchränkung der beklagtiſchen Verpflichtung nicht zu beachten ſei, ſondern es würde dann überhaupt keine beklagtiſche Verbindlichkeit angenommen werden können. Der Beklagte hat ſich nämlich von Anfang an nur in der angegebenen beſchränkten Weiſe verpflichtet und die von ihm eingegangene Verbindlichkeit bildet mit dem in Rede ſtehenden Paſſus Ein Ganzes, mithin würde unter der oben gemachten Vorausſetzung, nachdem in der

L. 108. § 1. Dig. de V. O. 45. 1.

ausgeſprochenen allgemeinen Principe das vorbezeichnete Reſultat gänzlicher Abweiſung des Klägers eintreten müſſen.

Allein das in Rede ſtehende Verſprechen kann weder als ein völlig in die Willkür des Schuldners geſtelltes, noch auch als ein ſo vages angeſehen werden, daß es keinen Anhalt zur Beweisverſtellung darböte.

Der Inhalt beider Verpflichtungsdocumente enthält einen wohl zu erfaſſenden rechtlichen Sinn, der den Umſtänden, unter welchen dieſelben ausgeſtellt worden ſind, entſpricht. Es handelte ſich um Verbindlichkeiten des Vaters des Beklagten, die den Letzteren freilich rechtlich nicht angingen, in Betracht deren er gleich wohl — wie aus der beiderſeitigen Darſtellung erhellet — beihelfend und ſeinen Vater erleichternd aufzutreten ſich veranlaßt fand. Daß der Beklagte ſchon damals, als dieß geſchah, im December 1850, genügende Mittel beſeſſen habe, um die circa fl. 2800, um welche es ſich damals handelte, zu zahlen, kann den Umſtänden nach nicht angenommen werden; auch iſt dieß vom Kläger niemals behauptet

worden. Demnach lag es nahe, daß die Interceſſion für den Vater des Beklagten in ſolcher Weiſe von Letzterem geſchehe, wie ſie in den Verpflichtungsſcheinen vorliegt, nämlich: daß der Beklagte freilich die Haftungspflicht unbedingt für den Fall ſeines Ablebens übernehme, im Übrigen aber ſich — abgeſehen von dem Eintritte eines in Ausſicht geſtellten Erbſchaftsanfalles, über deſſen vermuthliches Ergebniß aus den Acten nichts erhellet — nur auf die Zeit verpflichte, wenn er die Zahlung, ohne eigene oder Verbindlichkeiten gegen Andere hiedurch ſeiner und der Seinigen Exiſtenz zu nahe zu treten, werde leiſten können. Der Ausdruck dieſer bedingt ertheilten Verpflichtung iſt in den Worten „ſobald es meine Vermögensverhältniſſe erlauben u. ſ. w.“ zu erblicken. — Der Beklagte, welcher nicht etwa die Verpflichtung übernahm, „zu zahlen ſo weit ſeine Vermögensverhältniſſe es erlauben würden,“ ſondern nur ſobald dieß geſchehe, war deßhalb nicht eher in Anſpruch zu nehmen, als bis die ausgeſprochene Bedingung exiſtent geworden war, und da er dieſen Umſtand in Abrede geſtellt hat, ſo mußte dem Kläger, welcher übrigens in der Klagſchrift die Behauptung aufgeſtellt hat, daß die Vermögensverhältniſſe des Beklagten ſeine, des Klägers, Befriedigung recht wohl geſtatteten, der Beweis des betreffenden Factums aufgelegt werden. Dieß hatte in derjenigen Weiſe zu geſchehen, wie aus dem feſtgeſtellten Beweisſatze erhellet.

b) Der zweite Theil der erſten beklagtiſchen Beſchwerde iſt dahin gerichtet, daß der Kläger zur Zeit der Anſtellung der Klage, im September 1852, nicht ſchon den geſammten Betrag der Cahuſchen fl. 1160. 54 kr.; ſondern äußerſten Falles nur fl. 400 einzuklagen berechtigt geweſen ſei. Dieſem Gravamen würde, ſeiner Begründung nach, beizuſtimmen ſein, da die fl. 1160. 54 kr. mit je fl. 400 erſt im December 1851 und 1852, und mit dem Reſte erſt im December 1853, abzutragen geweſen wären, falls Dem ſonſt nichts entgegengeſtanden haben ſollte. Dennoch erledigte ſich die Beſchwerde und der auf dieſelbe geſtützte Antrag dadurch, daß pendente lite derjenige über die erſte Terminzahlung von fl. 400 hinausreichende Theil der eingeklagten fl. 1160. 54 kr., auf welchen es überhaupt nun noch ankommt, der Betrag von fl. 200 resp.

fl. 180, abgesehen von der der gesammten Verbindlichkeit beigefügten Bedingung „sobald u. s. w," schon vor dem am 2. Februar 1853 abgegebenen Erkenntnisse erster Instanz fällig geworden ist. Eine Abweisung des Klägers mit dem betreffenden Theile seines Anspruches wegen verfrüheter Geltendmachung desselben hätte unter diesen Umständen nicht ausgesprochen werden können, da, wie vom Ober-Appellationsgerichte wiederholt angenommen worden, eine zu früh erhobene Klage nicht abzuweisen ist, wenn bis zum Urtheile die Fälligkeit der aufgestellten Forderung eingetreten war.

conf. Frankfurter Sache Marx ca. Wevers & Sohn vom 23. October 1853. *)

Nur auf den Kostenpunkt kann die ursprüngliche Ungehörigkeit des betreffenden klägerischen Antrags Einfluß ausüben, worüber indessen hier bei der Lage der Sache das Nähere erst bei der Definitivsentenz zu bestimmen sein wird. Die

zweite Beschwerde des Beklagten betrifft die Kosten zweiter Instanz im beklagtischen Appellatorium, von deren Tragung und Erstattung der Beklagte befreit zu werden verlangt. Dieser Beschwerde ist, da der beklagtischen Appellation schon in zweiter Instanz im Wesentlichen zu entsprechen gewesen wäre, dahin abzuhelfen, daß die in Rede stehenden Kosten compensirt werden.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren bei dem Ungrunde der klägerischen und dem Begründetsein der beklagtischen Appellation zur Hälfte dem Kläger zur Last zu bringen, zur Hälfte zu compensiren.

---

*) Vergl. diese Sammlung I. Seite 53.

33.

Jacob Steinhäuser III. zu Butzbach, Kläger, wider **Johann Simon Kitz** und deſſen Ehefrau, Teſtamentserben, Beklagte, wegen Forderung, jetzt Beweisführung betreffend. *)

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 26. October 1854.

I. Der dem Kläger in dem Stadtgerichts-Urtheil vom 5. Januar 1852 rechtskräftig auferlegte Beweis: „daß Frau Kitz ihm verſprochen habe, ihm vom Jahr 1833 an, ſo lange ſie lebe, jährlich fl. 500 zu ſchenken," iſt durch die Beweis- und Gegenbeweisführung vollſtändig weder erbracht noch beſeitigt worden.

Zwar haben

1) die Zeugen des Klägers eine Äußerung der Frau Kitz aus dem Jahr 1833 dahin bekundet, daß ſie Jenem jährlich eine Summe ſchenke, wie Schneider ſagt, oder daß ſie ihm ſolche geben wollte, wie die König und Herling ſich ausdrücken, als deren Betrag die König und Schneider fl. 500, Herling aber fl. 400 oder fl. 500 nennen. Allein dieſelben ſtimmen

2) in einzelnen Umſtänden, unter welchen dieſer Schenkung gedacht ſein ſoll, nicht überein. Es wird nämlich

a) des für den Umfang der Leiſtung der Beklagten erheblichen Punktes, daß das Verſprechen dieſer jährlichen Schenkung „für die Lebenszeit der Kitz" von dieſer ertheilt ſei, nur in der Ausſage des Zeugen Herling gedacht. Daneben, wiewohl für den Inhalt des Beweisſatzes ohne Erheblichkeit, kommt in Betracht, daß

b) als Zweck der Schenkung von Herling „Taſchengeld," von der König in Übereinſtimmung mit der Klagſchrift „die Anſchaffung von Äpfelwein" genannt wird, während Schneider hierüber ganz ſchweigt. Sodann erſcheint

c) die Wahrnehmung der König um deßwillen einigermaaßen

---

*) Vergl. dieſe Sammlung I. Seite 138.

bedenklich, weil ſie erſt nachher und zwar nur von dem Kläger erfahren haben will, die Frau, welche jene Worte geſprochen habe, ſei die Kitz, während Schneider das Gleiche damals von ihm unbekannten Gäſten gehört zu haben erklärt hat.

Dieſe Mängel, Abweichungen und Ungewißheiten machen es

3) ſehr zweifelhaft, daß die Zeugen, von denen Keiner der Gegenwart der Übrigen gedenkt, und die näheren Umſtände, unter denen jene Worte geſprochen ſind, anzugeben vermocht hat, über denſelben Thatumſtand ausſagen, nämlich über das von der Kitz dem Steinhäuſer in dem zum Beweis verſtellten Umfang ertheilte Verſprechen. Hätte man dieſelben aber, wie Kläger in jetziger Inſtanz ſelbſt einzuräumen ſcheint, nur als einzelne Zeugniſſe über außergerichtliche Geſtändniſſe der Kitz in Anſehung jenes Verſprechens aufzufaſſen, ſo kann, abgeſehen von der Singularität der Zeugen, derartigen discurſiven Äußerungen, deren Veranlaſſung unaufgehellt blieb, keine volle Beweiskraft in Anſehung der rechtlichen Verpflichtungen beigemeſſen werden, auf welche jene Äußerungen ſich beziehen. Überdieß iſt der Inhalt jener Geſtändniſſe nicht hinlänglich gleichförmig, um einen ſichern Schluß auf den Inhalt des Verſprechens zu rechtfertigen.

Vielmehr erſcheint es

4) eben ſo möglich, und wenn man Schneider's Ausſage zur Baſis nimmt, ſogar wahrſcheinlich, daß die Kitz jene Äußerungen nur gethan habe in Betreff derjenigen Schenkungen, welche ſie einverſtandenermaaßen in den Jahren 1833 bis 1835 dem Kläger gemacht hat, ohne ſich in Anſehung der Zukunft binden zu wollen. Auch erhält dieſe Auffaſſung dadurch einige Unterſtützung, daß die ehemalige Dienſtmagd der Kitz, Zeugin Kohl, ausdrücklich angibt, Jene habe, wenn Kläger ſie um Geld erſucht und an das Verſprechen von jährlich fl. 500 um Apfelwein zu machen, erinnert habe, ſtets erwiedert, ſie habe Klägern nichts verſprochen, er habe nichts von ihr zu bekommen, nicht ſo viel als ſie auf der leeren Hand habe. Keineswegs aber läßt ſich dieß Zeugniß mit dem Kläger dazu benutzen, um daraus abzuleiten, daß die Kitz wider beſſeres Wiſſen ihre Verbindlichkeit in Abrede geſtellt haben werde.

Alle dieſe Bedenken führen zu dem Ergebniß, daß man den

Beweis des Klägers nicht für vollständig erbrecht zu erachten hat, wiewohl dieſelben auch andererſeits nicht von der Bedeutung ſind, daß ſie ſchon an ſich zu einem den Beklagten aufzuerlegenden, von dieſen nur in Anſehung ihres Glaubens abzuleiſtenden Reinigungseid führen würden. Die Auflegung dieſes Eides hat vielmehr lediglich darin ihren Grund, daß dem wegen Meineides geſtändigermaaßen verurtheilten Kläger ein Erfüllungseid, welcher ſich nach Inhalt der Zeugenausſagen um ſo mehr, als Kläger ſolchen als Wahrheitseid abzuleiſten vermöchte, rechtfertigen würde, nicht zuerkannt werden konnte. Noch weniger durfte

II. von dem zweiten, dem Kläger rechtskräftig auferlegten Beweisſatz, „daß er der Kitz'ſchen Bäckerei während der letzten fünf Jahre oder während welcher kürzeren Zeit vor ſeinem im Jahr 1826 erfolgten Dienſtaustritt als Geſchäftsführer vorgeſtanden habe," mit dem Kläger angenommen werden, daß er vollſtändig geführt ſei. Während nämlich die Zeugen Schwaner, Krepp und Fleiſchmann überall nichts, Zeuge Kranz aber, wenngleich nur bis zum Jahr 1821 vielmehr das Gegentheil des Beweisſatzes bekunden, läßt ſich auch, wie bereits genügend in den Gründen zum erſten Urtheil ausgeführt worden iſt, in Beihalt deſſen, was über den Begriff eines Geſchäftsführers in einer Bäckerei ausgeführt ward, nach den Ausſagen des Zeugen Dörffler durchaus nicht annehmen, daß Steinhäuſer den Platz eines ſolchen in dem Kitz'ſchen Geſchäft eingenommen habe.

Jedenfalls würde, wenn man den Dörffler'ſchen Depoſitionen einiges Gewicht beilegen wollte, es ſich nur rechtfertigen, den Beklagten, ſtatt des ihnen, in Beihalt der Gründe, zuerkannten zugeſchobenen Eides, einen gleichlautenden Reinigungseid aufzulegen, von welcher im vorliegenden Fall wenig folgenreichen Abänderung um ſo mehr abzuſehen war, als es an einem dahin gehenden Antrag des Klägers fehlt.

Wenn endlich Kläger für dieſen Beweisſatz in jetziger Inſtanz abermals auf das Corizill vom 22. Mai Bezug nimmt, ſo kann er zur Widerlegung deſſen nur auf dasjenige verwieſen werden, was in den Gründen zum hieſigen Urtheil vom 5. October 1852 enthalten iſt.

34.

Gebhard & Hauck, Klägerin, wider **Bernhard Berle** und **Marcus Berle** zu Wiesbaden, Beklagte, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 1. April 1853.

3) Die Klägerin legt ihrem Anspruch auf vollständigen Ersatz ihres bei dem Kaufmanne Haßloch erlittenen Schadens die Behauptung zu Grunde, daß Berle zu Anfang des Jahres 1843, obgleich ihm die Überschuldung Haßloch's bekannt gewesen, diesen veranlaßt habe, Wechsel im Betrage von fl. 7000 an Berle's Ordre auf die Klägerin zu ziehen und daß derselbe hierauf die Klägerin durch persönliches Präsentiren der Wechsel unter Verschweigung der Zahlungsunfähigkeit des Ziehers zum Accepte aufgefordert und bewogen habe.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Handlungsweise an sich, und abgesehen von in Betracht zu ziehenden Nebenumständen, als eine arglistige und widerrechtliche erscheinen und eine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch sie gestifteten Schadens für den Beklagten begründen würde.

Nun steht es aber durch Einverständniß beider streitenden Theile fest, daß die Klägerin bereits vor der Acceptation der oben erwähnten Wechsel Haßloch'sche Tratten von dem gleichen Betrage von fl. 7000 acceptirt hatte und daß Berle gegen Acceptation jener letzten Wechsel, der Klägerin die Deckung für diese früheren Tratten anschaffte, so daß durch die obenerwähnte Handlungsweise Berle's im Frühjahr 1843 weder die Verbindlichkeit der Klägerin gegenüber den Wechselinhabern, noch ihre Forderung gegenüber dem Zieher derselben eine Veränderung erlitt.

Unter diesen Umständen kann nicht behauptet werden, daß der Klägerin durch das, was Berle im Frühjahr 1843 that, ein

Schaden entſtanden ſei, und damit ſtellt ſich die Klage als unbegründet dar.

4) Wenn dagegen von Seiten der Klägerin in ihrer Gegenerklärung angeführt wird, daß das argliſtiſche Verfahren Berle's ſchon im Frühjahr 1842 angefangen habe, und daß dieſe Argliſt bis zum Abbruche des Geſchäftes fortgewirkt habe, ſo liegt darin eine gänzliche Umgeſtaltung des thatſächlichen Klaggrundes, welche für zuläſſig nicht erachtet werden kann.

5) Der ebenfalls in der Gegenerklärung vorgebrachte Einwand, daß die Klägerin vorausſichtlich vor Schaden bewahrt worden wäre, wenn Berle im Frühjahr 1843 nicht neue Wechſel zur Acceptation präſentirt hätte, ſelbſt wenn er damals keine Zahlung geleiſtet hätte, iſt zu unbeſtimmt, um Beachtung finden zu können. Selbſt in dem Munde der Klägerin erſcheint es nur als eine höchſt ungewiſſe Vermuthung, daß Haßloch, der im Juli fallirte, im Lauf des Februar noch Mittel und Wege gefunden haben würde, durch Benutzung ſeines anderweiten Credits ihren Anforderungen, wenn auch ſelbſt nur bis zum approximativen vollen Betrag ſeiner Schuld, Genüge zu leiſten.

Dieſe Behauptung kann daher nicht zum Gegenſtande einer Beweisauflage gemacht werden.

Aus dieſen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. In Beziehung auf Marcus Berle wird die Klage von hier abgewieſen.

II. In Beziehung auf Bernhard Berle iſt der hieſige Gerichtsſtand begründet; es wird aber die Klägerin mit ihrer Klage ab und zur Ruhe gewieſen.

III. Die Klägerin iſt ſchuldig den Beklagten die veranlaßten Streitkoſten zu erſetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 13. Juni 1853.

Auf Appellation der Klägerin.

1) Wenn klagende Handlung ihren Anſpruch an den Beklagten auf Schadenserſatz wegen des bei Haßloch erlittenen Verluſts in

der Klagſchrift mit aller Beſtimmtheit darauf gründet, daß Berle ſie zu Anfang des Jahrs 1843 doloſer Weiſe zur Acceptation gewiſſer Tratten verleitet habe, und daß Letzterem zu dieſer Zeit die Inſufficienz des Haßloch bekannt geweſen ſei; in ihrer Replik dagegen abweichend hievon den Grund ihrer Klage auf ein angeblich früheres argliſtiges Benehmen des Berle zurückzuführen ſucht, ſo hat hierin das vordere Erkenntniß mit Recht eine gänzliche Umgeſtaltung des thatſächlichen Klaggrundes erkannt und rechtfertigt ſich darnach die Abweiſung der Klage unter Verurtheilung der Klägerin zum Koſtenerſatze zur Genüge, zumal da auch der Einwand, daß Klägerin vorausſichtlich vor Schaden bewahrt worden wäre, wenn Berle im Frühjahr 1843 nicht neue Wechſel zur Acceptation präſentirt hätte, aus den von dem Stadtgericht angeführten Gründen eine weitere Beachtung nicht finden konnte. Wenn ſich aber Appellantin insbeſondere darauf beruft, daß bereits in der frühern Klagſache der beiden ſtreitenden Theile, welche mit der dermaligen durch Abregiſtrirung der Acten in Verbindung gebracht ſei, auf das urſprünglich thatſächliche Verhältniß Bezug genommen worden, ſo hätte ihr dieſes um ſo mehr Veranlaſſung geben ſollen, darauf bei Anſtellung ihrer jetzigen Klage Rückſicht zu nehmen; aber eben um deßwillen, weil ſie ſolches gefliſſentlich, wie es ſcheint, unterlaſſen, war der betreffende Theil jener Acten bei Beurtheilung der vorliegenden Klage überall nicht zu beachten. Die erſte Beſchwerde iſt ſomit ungegründet.

2) Für ebenſo ungegründet kann jedoch die eventuell sub II. aufgeſtellte Beſchwerde der Appellantin gegen das vorige Erkenntniß nicht erachtet werden. Denn wenn gleich anzunehmen, daß mit der in membr. II. deſſelben enthaltenen Abweiſung der Klage, nicht ſowohl die etwaigen Anſprüche der Klägerin an Berle auf Schadenserſatz wegen eines angeblich von Letzterem in dem Geſchäftsverkehr mit Haßloch geübten dolus überhaupt, als vielmehr nur die nach Maaßgabe der dermalen angeſtellt wordenen Klage formirten Anſprüche haben verworfen werden wollen, mithin der Klägerin die Anſtellung einer anderweiten Klage gegen Berle ohnehin unbenommen bleiben ſolle; ſo läßt ſich doch nicht verkennen, daß nicht nur die betreffende Entſcheidung ſelbſt hierüber immer

noch einigen Zweifel zuläßt, ſondern daß auch in der Darſtellung des thatſächlichen Verhaltens Berle's im Anfang des Jahres 1843, wie ſolches bei Verhandlung der jetzigen Klage zur Sprache gekommen, allerdings Momente enthalten ſein dürften, welche wenigſtens in Verbindung mit demjenigen, was der Klägerin mit einer neuen Klage geltend zu machen nachgelaſſen werden muß, für eine ſolche Klage mitzubenutzen von Intereſſe ſein könnte, die derſelben aber bei einer unbedingten Abweiſung der jetzigen Klage zu dieſem Zwecke verloren ſein würden.

Dieſemnach wird, unter Vergleichung der Koſten gegenwärtiger Inſtanz, das vorige Erkenntniß zwar im Übrigen beſtätigt, membr. II. des deciſiven Theils deſſelben aber inſoweit abgeändert:

daß die Klägerin mit ihrer Klage nur angebrachter Maaßen abzuweiſen ſei,

— — — — — —

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. October 1854.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 13. Juni v. J., wie hiemit geſchieht, dahin zu beſtätigen und abzuändern ſei:

daß die erhobene Klage, ſoweit die geforderte Hauptſumme den Betrag von fl. 3000 überſteigt, angebrachter Maaßen abzuweiſen, im Übrigen aber die Kläger binnen einer vom Stadtgerichte vorzuberaumenden Friſt, vorbehältlich des Gegenbeweiſes, darzuthun ſchuldig ſeien:

daß die Handlung Marcus Berle zu Wiesbaden im Frühjahr 1842, ungeachtet ihr damals die Inſolvenz des Buchhändlers J. F. Haßloch dortſelbſt bekannt geweſen,

die Kläger durch Behändigung des von den Haßloch'schen Schwestern unter dem 18. Februar 1842 ausgestellten Accreditivs zur Acceptation zweier von Haßloch unter dem 22. und 28. Februar 1842 auf sie gezogener und an die Ordre von Marcus Berle gestellter Wechsel von zusammen fl. 3000 bewogen habe;

auch die Kosten erster Instanz auszusetzen und die der zweiten zu compensiren seien, und wird unter Compensation der Kosten jetziger Instanz die Sache nunmehr an das Stadtgericht zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A. Soviel die Hauptbeschwerde über die erfolgte Abweisung der Klage betrifft, so ist von den Klägern überhaupt zweierlei zur Begründung einer actio doli geltend gemacht worden, daß sie vom Beklagten, welcher ihnen den Buchhändler J. F. Haßloch als soliden Mann empfohlen, und den darauf mit demselben angeknüpften Geschäftsverkehr fortwährend vermittelt habe, zum weiteren Creditgeben an ihn veranlaßt worden seien, als der Beklagte dessen Insolvenz bereits gekannt habe, dann daß der Beklagte in diesem ganzen Geschäftsverkehr den Haßloch nur vorgeschoben, der Sache nach aber die Casse des Klägers zu eigenen Zwecken, nämlich zur Deckung der dem Haßloch gegebenen Vorschüsse, benutzt habe.

Daß diese letztere, im weitern Verlauf des Prozesses ohnehin nicht mehr verfolgte Begründung der Klage eine unzureichende ist, bedarf keiner Ausführung, da sich in keiner Weise erkennen läßt, inwiefern durch das erwähnte Vorschieben des Haßloch eine arglistige Schadensstiftung bewirkt worden sein soll. Was aber den ersten Klaggrund betrifft, so ist

I. thatsächlich soviel unbestritten, daß die Kläger seit dem Jahr 1840 in Folge des damals vom Beklagten geschriebenen Empfehlungsbriefes regelmäßig Drei-Monat-Tratten, welche Haßloch an die Ordre des Beklagten auf sie zog, acceptirten, beim Verfall derselben Deckung durch den Beklagten erhielten und darauf die Ausstellung und Acceptation von neuen Tratten gleichen

Betrags erfolgte, sowie, daß der auf diese Weise gewährte Credit sich Anfangs auf die Summe von fl. 3000 beschränkte, im November 1840, wo Haßloch den Klägern eine Generalhypothek bestellte, auf fl. 4000 und im Februar 1842 auf fl. 7000 erhöht wurde, die letzten im Februar 1843 acceptirten Tratten über den ebengenannten Betrag aber ungedeckt blieben, und Haßloch im Juli 1843 in Concurs gerieth.

Es ist nun eine zwiefache Auffassung dieses Rechtsverhältnisses denkbar. Es konnte sich so verhalten, daß die Kläger, wenn sie vom Beklagten die Deckung für die früheren Tratten erhalten hatten, durch Acceptation der ferneren Tratten jedesmal eine neue Verbindlichkeit contrahirten. Diese von Zeit zu Zeit sich wiederholende Erneuerung der Verbindlichkeit würde dann, abgesehen von der ausdrücklichen Garantie des Beklagten für fl. 1500 geschehen sein im Vertrauen theils auf den Empfehlungsbrief des Beklagten, theils auf seine fortwährende werkthätige Vermittelung sowohl bei dem Geschäftsverkehr und dessen Erweitung überhaupt, als bei Besorgung der jedesmaligen Deckung. Wenn unter solchen Umständen, der Beklagte bei der letzten Erneuerung den Klägern absichtlich die eingetretene Insolvenz des Haßloch verschwiegen hätte, so würde darin ein Grund zur Haftung des Beklagten für den ganzen Verlust der Kläger zu finden sein. Die zweite Auffassung ist die, daß die Kläger durch ihr successiv sich wiederholendes Accept nicht jedesmal ein neues Obligo übernahmen, sondern eine und dieselbe fortlaufende Verbindlichkeit bestand, welche nur immer gegen beschaffte Deckung auf abermalige drei Monate prolongirt wurde und daß man den materiell dahin gerichteten Zweck in die juristische Form der Ausstellung neuer Tratten und neuen Acceptes kleidete. Nach dieser Auffassung würde ein erst im Februar 1843 vom Beklagten begangener Dolus der bezeichneten Art rechtlich unerheblich sein, indem dadurch nicht das Obligo der Kläger selbst begründet, sondern nur eine dreimonatliche Prolongation desselben veranlaßt worden sein könnte. Daß aber schon in dieser Verlängerung allein eine Ursache des klägerischen Verlustes liege, haben die Kläger durch Berufung darauf, daß Haßloch, wenn er im Februar 1843 mit wechselrechtlichem Regreß bedrängt worden

wäre, wohl noch Mittel zur Deckung gefunden haben würde, vergeblich zu begründen gesucht. Denn wenn Haßloch damals wirklich insolvent war, so hätte er die Kläger doch nur mit Beeinträchtigung der Rechte seiner übrigen Gläubiger befriedigen können, es hätte daher den Klägern nicht ein rechtlicher Grund, vermöge dessen sie bestimmt auf ihre Befriedigung rechnen durften, zur Seite gestanden, sondern nur eine völlig unsichere factische Möglichkeit der Abwendung ihres Verlustes vorgelegen. Eine solche kann aber nicht berücksichtigt werden, während die Behauptung, daß in der Zwischenzeit vom Februar 1843 bis zum Ausbruche des Concurses das Activvermögen des Haßloch eine Verminderung erlitten habe, wodurch die Befriedigung der Kläger geschmälert worden sei, von ihnen gar nicht aufgestellt worden ist.

In dem jetzigen Klaglibell ist nun unverkennbar die erste der beiden obigen Auffassungen zu Grunde gelegt. In der Replikschrift dagegen kommen die Kläger auf eine erst im Februar 1843 thatsächlich geübte Arglist des Beklagten nicht wieder zurück, sondern stellen Alles auf die Behauptung eines von ihm im Frühjahr 1842 bei der Crediterweiterung von fl. 4000 auf fl. 7000 begangenen Dolus und legen Nachdruck darauf, daß dieser Dolus bis zum Abbruch des Geschäftsverkehrs im Jahr 1843 fortgewirkt habe. Daraus ergibt sich aber, daß die Kläger sich nunmehr die zweite der obigen Auffassungen haben aneignen wollen, und es ist nur eine Inconsequenz, wenn sie principaliter noch bei ihrem frühern Antrag auf Ersatz des ganzen (zu fl. 5536. 8 kr. angegebenen, und in diesem Betrag vom Beklagten nicht bestrittenen) Verlustes beharren und nur eventuell ihren Anspruch auf die nach der replicarischen Darstellung allein mögliche Summe von fl. 3000 als den Betrag der Crediterweiterung vom Frühjahr 1842 beschränken. Wenn es hienach aber auch noch zweifelhaft sein könnte, ob die Kläger die erste Auffassung gänzlich aufgegeben haben, so ist diese jedenfalls mit dem in der Replik dargestellten Sachverhalt unvereinbar. Denn hier haben die Kläger (Seite 31) selbst angeführt, daß die jeweilige Deckung der zum Verfall kommenden Tratten nur gegen Acceptation gleicher Tratten für die nächsten drei Monate erfolgt, und dieses namentlich auch noch bei Acceptation der letzten im

Februar 1843 ausgeſtellten Tratten der Fall geweſen ſei, und haben dadurch die Behauptung des Beklagten, daß durch das Accept der ebenerwähnten letzten Tratten das Obligo der Kläger ſich nicht verändert habe, eingeräumt.

Die nothwendige Folge hievon iſt, daß die Klage, ſo weit ſie in der Hauptſumme den Betrag von fl. 3000 überſchreitet, ſich als unbegründet darſtellt, es daher in ſoweit wegen Unzuläſſigkeit einer reformatoria in pejus bei dem vorigen Erkenntniß belaſſen werden mußte, daß es aber hinſichtlich der Crediterweiterung von fl. 3000 darauf ankommt, ob:

II. die Begründung der Klage, wie ſie ſich nach der Darſtellung in der Replik geſtaltet, zugelaſſen werden darf. Dieß war jedoch, abweichend von der Anſicht der beiden vorigen Inſtanzen, zu bejahen.

1) Eine Änderung des Klagfundaments kann in dem replikariſchen Vorbringen nicht gefunden werden. Die Klage iſt darauf geſtützt, daß der Beklagte ungeachtet ſeiner Kenntniß von der Inſolvenz des Haßloch, die Kläger zum Creditgeben an Letzteren veranlaßt habe. Dieſe Grundlage iſt auch in der Replik beibehalten und wird die doloſe Veranlaſſung zum Creditgeben in einen früheren Zeitpunkt zurückverſetzt. Da aber, wie oben ausgeführt wurde, Uebereinſtimmung der Parteien darüber vorliegt, daß die Acceptation der letzten, im Februar 1843 ausgeſtellten Tratten nichts weiter war, als die formelle Erneuerung der ſchon ſeit dem Frühjahr 1842 beſtehenden Verbindlichkeit, der behauptete Dolus daher, ſowohl nach der Klage als nach der Replik, ſich auf ein und daſſelbe Schuldverhältniß bezieht, deſſen Erneuerung nur in der Klage irrig als ſelbſtſtändige Begründung aufgefaßt worden war, ſo kann die Identität des Klaggrundes nicht als geſtört angeſehen werden. Insbeſondere iſt es grundlos, wenn der Beklagte einwendet, die Klage ſtehe mit der Replik in Widerſpruch, indem durch die Letztere das Benehmen des Beklagten im Februar 1843 des anfangs behaupteten doloſen Charakters entkleidet werde. Die Behauptung, daß der Beklagte beim Präſentiren der Tratten im Februar 1843 die Inſolvenz des Haßloch argliſtiger Weiſe verſchwiegen habe, iſt weder zurückgenommen, noch mit der Dar-

ſtellung der Replik unvereinbar, ſondern nach der nunmehrigen Begründung der Klage nur nicht mehr von Erheblichkeit.

2) Andrerſeits kann freilich der replikariſche Nachtrag auch nicht als bloße Erläuterung der Klage gelten. Vergeblich berufen ſich die Kläger in dieſer Beziehung auf die in der Klage erbetene und vom Gericht verfügte Adjunction der Acten des Vorprozeſſes. Läßt es ſich auch nicht als Grund zur Abweiſung der Klage anerkennen, daß die Kläger gerade durch den Inhalt der Voracten verſtärkten Anlaß zu einer ſorgfältigen Abfaſſung der Klage gehabt hätten und deßhalb um ſo eher auf eine gefliſſentliche Nichtbenutzung dort vorgekommener Thatſachen zu ſchließen ſei, ſo kann der vorliegende Mangel doch auch nicht durch die Beziehung auf die adjungirten Acten für erſetzt gehalten werden. Allerdings gaben die Kläger in ihrer jetzigen Klage die Abſicht kund, denjenigen Anſpruch gegen den Beklagten verfolgen zu wollen, welcher in dem Vorprozeſſe aus formellen Gründen von der gleichzeitigen Verhandlung ausgeſchloſſen worden ſei, und dieſen hatten ſie in den Voracten mit darauf gegründet, daß der Beklagte bereits zu Anfang des Jahres 1842 bei Vermittelung der vorerwähnten Creditserweiterung die Inſolvenz des Haßloch gekannt habe. Allein ſie haben ihre nunmehrige Nachklage auf eine ſelbſtſtändige Darſtellung des Sachverhalts geſtützt, und darin wurde dieſer Umſtand gänzlich unerwähnt gelaſſen, ſo daß von einer bloßen Unbeſtimmtheit, welche durch den replikariſchen Nachtrag aufgeklärt worden wäre, nicht wohl die Rede ſein kann. Der Nachtrag ſtellt ſich daher

3) indem er den zu beſchränkt gefaßten hiſtoriſchen Klaggrund durch einen Zuſatz ergänzt, als Verbeſſerung einer außerdem unhaltbaren Klage dar. Nun ſchreibt freilich die Frankfurter Reformation Thl. I. Tit. 17. § 5 allgemein vor, daß ſowohl eine Verbeſſerung als eine Veränderung der Klage nach erfolgter Kriegsbefeſtigung nur mittelſt Anſtellung einer neuen Klage geſchehen könne. Dieſe Vorſchrift iſt jedoch, wie auch das Ober-Appellationsgericht ſchon wiederholt ausgeſprochen hat,

Klees & Hauſer ca. Reuleaux & Comp., 1840. *)

*) Siehe Seite 359.

Lenz ca. Geißel, 1844.
Liebtreu ca. Überhoff, 1845.

in ihrer Strenge durch die Praxis und Rückſichten der Zweckmäßigkeit gemildert worden, ſo daß das richterliche Ermeſſen dabei nicht ausgeſchloſſen wird.

vergl. Bender, Handbuch d. Proz. S. 80.

Es kommt daher vor Allem darauf an, ob im vorliegenden Falle durch Zulaſſung der Verbeſſerung die Vertheidigung des Beklagten beeinträchtigt werden würde. Das war aber zu verneinen. In dieſer Beziehung wird aber der Zuſammenhang des jetzigen Prozeſſes mit dem früheren derſelben Parteien von Erheblichkeit; in den Voracten war das ganze Streitverhältniß mit Einſchluß des in der Klagverbeſſerung enthaltenen Umſtandes bereits ausführlich zur Sprache gekommen und der Beklagte daher auf das Vollſtändigſte zu ſeiner Vertheidigung vorbereitet. Er hat auch ſchon in der Exceptionsſchrift eine ſpecielle Darſtellung über den Vorgang, worauf ſich die Klagverbeſſerung bezieht, nämlich darüber, wie die Creditерweiterung im Frühjahr 1842 zu Stande gekommen ſei, gegeben, und hat ſich ſodann in der Duplik auf den replikariſchen Nachtrag umſtändlich eingelaſſen. Neue Einreden, zu denen etwa erſt die Klagverbeſſerung Veranlaſſung gegeben hätte, und die einer weitern Verhandlung bedurft hätten, ſind in der Duplik nicht vorgeſchützt und ebenſo wenig ſind da, oder auch nur in der jetzigen Inſtanz dergleichen noch unbenutzt gebliebene Einreden namhaft gemacht worden. Das Einzige, worauf der Beklagte ſich beruft, iſt, daß eine Streitverkündigung an die Haßloch'ſchen Schweſtern unterblieben ſei. Aber, abgeſehen davon, daß nichts angeführt worden iſt, woraus ſich der rechtliche Werth einer ſolchen Streitverkündigung für den Beklagten erkennen ließe, wäre ihre Vornahme auch nach Eingang der Replik noch an der Zeit geweſen, da es keinem Zweifel unterliegen könnte, daß, wenn der Beklagte in Folge derſelben noch neue Einreden erfahren hätte, ihm zu deren Vorſchützen unbeſchränkte Gelegenheit hätte gegeben werden müſſen.

Steht ſonach das Vertheidigungsrecht des Beklagten nicht im Wege, ſo ſpricht die Zweckmäßigkeit entſchieden für die Zulaſſung

der Klagverbeſſerung, da der nämliche Anſpruch ſchon in zwei Prozeſſen ausführlich verhandelt worden iſt, und die Kläger ſonſt genöthigt werden würden, einen dritten Rechtsſtreit deßhalb zu beginnen.

III. Mit Unrecht beſtreitet der Beklagte, daß die Klage, wie ſie ſich nach ihrer Verbeſſerung darſtellt, rechtlich begründet ſei. Er macht in dieſer Beziehung geltend

1) es werde ihm nicht vorgeworfen, daß er die Kläger durch falſche Vorſpiegelungen, oder auch nur durch Anrathen oder Zureden zum Creditgeben an Haßloch veranlaßt, ſondern nur, daß er die Inſolvenz des Letzteren verſchwiegen habe, die actio doli könne aber nur auf ein poſitives Thun, nicht auf ein bloßes Stillſchweigen oder Unterlaſſen gegründet werden. Dieſe letztere Behauptung iſt jedoch theils ohne geſetzlichen Grund, theils hier nicht zutreffend, da von den Klägern behauptet wird, daß der Beklagte, im Bewußtſein der Inſolvenz des Haßloch, durch Behändigung eines Accreditivs ſeiner Schweſtern die Kläger zur Acceptation der Tratten, mittelſt deren die Crediterweiterung im Frühjahr 1842 gewährt wurde, bewogen habe. In dieſer Behauptung liegt aber ſo viel, daß der Beklagte die Kläger durch eine poſſitive Aufforderung von ſeiner Seite, und durch das zu deren Unterſtützung damit verbundene Anbieten eines beſonderen Sicherungsmittels zur Acceptation zu beſtimmen geſucht, und auch wirklich beſtimmt habe. Einer weitern Vorſpiegelung bedurfte es zur Begründung der actio doli nicht, wenn, wie gleich zu erwähnen iſt, die Kläger Urſache hatten, bei der Aufforderung des Beklagten an die Zahlungsfähigkeit des Haßloch zu glauben.

2) Der Beklagte habe, wie jeder andere Präſentant einer Tratte, keine Pflicht gehabt, die Kläger über die Inſolvenz des Haßloch aufzuklären. Allein der Beklagte unterſchied ſich von dem ſonſtigen Inhaber einer Tratte aus dem doppelten Grunde, weil er, wie bemerkt, die Kläger zur Acceptation durch poſitives Handeln bewogen haben ſoll, während in der einfachen Präſentation einer Tratte nur die Anfrage liegt: ob acceptirt werde oder nicht? und weil er vorher die Anknüpfung des ganzen Geſchäftsverkehrs zwiſchen den Klägern und Haßloch durch Empfehlung des Letztern,

als eines ganz ſoliden Mannes, veranlaßt und in der Fortſetzung des Verkehrs den beſtändigen Vermittler gemacht hatte. So lange dieß letztere der Fall war, durften und mußten die Kläger vorausſetzen, daß der Antrag auf eine Erweiterung des Credits unter Fortdauer der anfänglich gegebenen Empfehlung geſchehe, und es war daher eine unverkennbare Täuſchung ihres wohlbegründeten Vertrauens, wenn der Beklagte jenen Antrag mit dem Bewußtſein von der Inſolvenz des Haßloch an ſie ergehen ließ.

3) Die Inſolvenz des Haßloch komme nicht in Betracht, weil die Kläger durch die urſprüngliche Garantie des Beklagten ſelbſt, durch die beſtellte Generalhypothek und durch das Accreditiv der Haßloch'ſchen Schweſtern anderweite Sicherheit gehabt hätten, und dieß dem Beklagten bekannt geweſen ſei. Allein die Garantie des Beklagten war auf den Betrag von fl. 1500 beſchränkt, und die Generalhypothek konnte nach eingetretener Inſolvenz in keiner Weiſe dem Beklagten die Zuverſicht geben, daß die Kläger auch für den erhöhten Credit vollkommen geſichert ſein werden. Jedenfalls konnte ihn dieſer Umſtand nicht von der Pflicht entbinden, den Klägern Mittheilung von der Inſolvenz des Haßloch zu machen und es ihnen zu überlaſſen, ob ſie im Vertrauen auf ihre Generalhypothek einem inſolventen Schuldner noch weiteren Credit geben wollten. Dieſe letztere Erwägung iſt aber auch gegen die Berufung auf das Accreditiv der Haßloch'ſchen Schweſtern entſcheidend, denn auch hier konnte, ſelbſt wenn der Beklagte volles Vertrauen auf das Accreditiv gehabt hätte, gar nicht verkannt werden, daß die Inſolvenz des Haßloch ein für die Erwägung der Kläger höchſt erheblicher Umſtand ſei.

IV. Dem Bisherigen gemäß mußte die Klage, ſo weit ſie ſich auf die Crediterweiterung von fl. 3000 bezieht, für begründet gehalten und auf Beweis derſelben erkannt werden. Der Beweisſatz hat ſich aber

1) auf die von den Klägern behauptete Entſtehung der Crediterweiterung im Frühjahr 1842 zu beſchränken, da die urſprüngliche Empfehlung des Haßloch durch den Beklagten, ſowie des Letztern regelmäßige Vermittelung des Geſchäftsverkehrs mit den Klägern ebenſo außer Streit iſt, als die Fortſetzung des der Form nach

von Zeit zu Zeit erneuerten Schuldverhältniſſes bis zum Frühjahr 1843, ſowie der den Betrag von fl. 3000 überſteigende Verluſt der Kläger und darauf, ob der Beklagte die Kläger auch noch zur Acceptation der letzten Tratten im Bewußtſein der Inſolvenz des Haßloch beſtimmt hat, wie ſchon oben bemerkt wurde, nichts mehr ankommen kann.

2) Der Beweisſatz mußte ferner auf das Veranlaſſen der Kläger zur Acceptation der beiden Tratten vom 22. und 28. Februar 1842 über zuſammen fl. 3000 beſchränkt werden, da es außer Streit iſt, daß mittelſt dieſer beiden Wechſel die Erhöhung des Credits von fl. 4000 auf fl. 7000 erfolgte, und da die weitere Behauptung der Kläger, daß der Beklagte den Haßloch zum Ziehen dieſer Wechſel veranlaßt habe, für das Creditgeben der Kläger ohne Erheblichkeit iſt.

V. Die Umſtände, auf welche ſich der Beklagte für den Fall der Aufrechthaltung der Klage noch berufen hat, konnten zum Vorbehalt eines Einredebeweiſes keinen Anlaß bieten. Sie beſtehen darin:

1) daß der Beklagte in dem Geſchäftsverkehr mit den Klägern alle Diligenz angewendet, ihnen namentlich ihre Generalhypothek verſchafft habe;

2) daß er den Klägern die Inſolvenz des Haßloch ſogleich nach erlangter Kenntniß derſelben angezeigt habe;

3) daß den Klägern die etwaige Unſicherheit des Haßloch im Februar 1843 ſelbſt bekannt geweſen ſei.

Die Unerheblichkeit der erſten Behauptung leuchtet von ſelbſt ein. Die beiden anderen Umſtände — der unter 2) erwähnte in der Vorausſetzung, daß er ſich nicht auf die Zeit nach dem Februar 1843 beziehen ſollte — hätten zur Beſeitigung der Klage in ihrer urſprünglichen Faſſung dienen können, durch die Klagverbeſſerung haben ſie aber ihre Bedeutung verloren; daß die Kläger durch die im Februar 1843 erfolgte Prolongation ihrer Verbindlichkeit auf drei Monate ſich die Befriedigung ihrer Forderung an Haßloch vereitelt oder verkürzt hätten, wird vom Beklagten nirgends behauptet, auch läßt ſich aus der Bekanntſchaft der Kläger mit der Inſolvenz des Haßloch zur Zeit jener Prolongation nicht

etwa folgern, daß ſie ſelbſt auf die Zahlungsfähigkeit des Haßloch keinen Werth gelegt hätten, denn ſie konnten nach erfahrener Inſolvenz ihres Schuldners wohl in die Verlängerung einer einmal beſtehenden Schuld einwilligen, ohne deßhalb unter gleicher Vorausſetzung zu einem neuen Credit geneigt zu ſein.

B. Die Koſten erſter Inſtanz waren dem Antrag der Kläger gemäß auszuſetzen. Denn wenn auch die Abweiſung der Klage für einen Theil des Streitgegenſtandes beſtätigt worden iſt, ſo wird doch die Erwägung: ob und wie weit die Kläger deßhalb mit einer Quote der Koſten zu belaſten ſein möchten, erſt dann von Erheblichkeit, wenn die Kläger mit dem übrigen Theil ihres Anſpruchs obſiegen ſollten, und es erſchien daher angemeſſener, die Entſcheidung darüber dem künftigen Richter zu überlaſſen. Dagegen war die dem gravamen unicum der Kläger eingeflochtene Beſchwerde, daß der Beklagte nicht in die Koſten voriger Inſtanz verurtheilt worden ſei, unbegründet, da in dieſer Beziehung gar nicht günſtiger für ſie hätte erkannt werden können. Die Koſten der jetzigen Inſtanz mußten, bei der Abänderung des vorigen Erkenntniſſes, in einem weſentlichen Punkte compenſirt werden.

Auszug aus den Seite 354 und 355 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. Klees & Hauſer ca. Reuleaux & Comp. 1840.

Da nun dem Bisherigen zufolge die Klage im Ganzen bis auf die den Beklagten annoch vorbehaltenen Einredebeweiſe begründet, die Widerklage aber durchaus verwerflich erſcheint, ſo bleibt zunächſt nur noch

VII. die von den Klägern *replicando* gemachte Ausdehnung der Klage auf das letzte Drittel der im Contracte bedungenen Preiſe zu erwägen. Hiebei läßt ſich nun freilich nicht verkennen, daß in dieſer Ausdehnung an und für ſich allerdings eine mutatio oder wenigſtens eine emendatio libelli enthalten iſt, welcher mithin das bekannte Verbot der

Frankf. Reform. Thl. 1. tit. 17. § 5 und 6.

entgegen zu ſtehen ſcheint. Allein es iſt ſchon in mehreren früher vorgekommenen Fällen vom Ober-Appellationsgericht ausdrücklich bemerkt worden, daß die Anwendung dieſes Verbots in ſeiner Strenge durch die Praxis und durch Rückſichten der Zweckmäßigkeit gemildert worden ſei, ſo daß das richterliche Arbitrium dabei nicht ausgeſchloſſen werde, und daß das Verbot namentlich auf den Fall, wenn die Abänderung der Klage durch beſondere, erſt während des Prozeſſes veränderte Umſtände herbeigeführt werde, nicht zu beziehen ſei.

Vergl. auch Orth 4. 3 Fortſ. S. 345 ff.
v. Adlerflycht, Frkftr. Priv. R. Thl. 5. S. 1161.
Bender, Frkftr. Proz. S. 147. N. 3.

Demnach kann alſo in dem hier vorliegenden Falle, in welchem die urſprüngliche Klage ausdrücklich nur darum um zwei Drittel der Contractpreiſe beſchränkt worden war — weil das letzte Drittel derſelben an einen noch nicht ganz abgelaufenen Termin geknüpft ſei, die Nachforderung dieſes Reſtes in der Replik gar keinem Anſtand unterliegen, ſobald nur inzwiſchen der Ablauf dieſes Termins nach der urſprünglichen Darſtellung der Kläger anzunehmen iſt. Auch haben die Beklagten Alles Dasjenige, was ſie wegen der den Klägern obliegenden Gewährleiſtung ſpeciell gegen das hier in Frage ſtehende letzte Drittel der Contractspreiſe etwa hätten vorbringen können, ſchon zuvor auch gegen die beiden erſten Drittel in ſeinem vollen Umfange geltend gemacht, ſo daß für den Richter nicht das geringſte Bedenken obwalten konnte, nunmehr ſofort über die ganze Forderung der Kläger zu erkennen.

b. Lenz ca. Geißel. 1844.

Demnach fragt es ſich nur, ob die Klägerin befugt war, die in der Klage auf das Almendſtück Nr. 42 gerichtete Vindication in der Replik auf das Almendſtück Nr. 170 zu übertragen, was von den Beklagten als eine unſtatthafte Klageänderung dargeſtellt und beſtritten iſt. Letzteres muß man nun allerdings nach den Vorſchriften der

Reform. Thl. 1. Tit. 17. § 5 und 6.

für richtig halten. Denn hienach darf nach der Kriegsbefeſtigung, alſo namentlich in der Replik, die Klage nicht mehr verändert werden. Es iſt aber unſtreitig eine recht weſentliche Veränderung, wenn in der Replik ein ganz anderer Gegenſtand gefordert wird, als in der Klage, wie dieß hier offenbar geſchehen iſt. Wollte man aber auch ſo weit gehen, daß darin nur ein emendatio libelli gefunden würde, ſo iſt ſelbſt dieſe in § 5 cit. nach der Litisconteſtation unterſagt. Zwar mag der Kläger alsdann — nach § 6 cit. — ſeine Klage noch declariren und erläutern, aber es iſt ausdrücklich hinzugeſetzt, daß dieß, unverückt und unverwandelt „der Subſtanz der Klage, beide in Narratis und dem Beſchluß, oder endlicher Petition," geſchehen müſſe. Nun kann man ſchon an und für ſich die Verbeſſerung eines in der Klage enthaltenen Irrthums in Betreff des Objectes nicht als eine bloße Erläuterung anſehen, und es kommt hinzu, daß in der Replik zu dem Narratum in der Klage noch das Factum einer mit Bewilligung der Klägerin geſchehenen Eintauſchung des Stückes Nr. 170 gegen Nr. 42 hinzugefügt wurde, um die Übertragung der Klage auf jenes Almendſtück zu begründen, und daß auch das Petitum der Replik ſeinem wahren Sinne nach bei dieſem Punkte ein ganz anderes war, als in der Klagſchrift.

Freilich laſſen ſich jene geſetzlichen Vorſchriften da, wo das Recht des Gegners durch eine bloße Berichtigung der Klage überall nicht gefährdet wird, nicht immer in ihrer vollen Strenge anwenden, und hierauf beruht ohne Zweifel die Entſcheidung der vorigen Gerichte, indem ſie davon ausgegangen ſind, daß wenn Nr. 42 das Eigenthum der Klägerin geweſen ſei, ihr auch die Vindication des dafür eingetauſchten Grundſtücks zuſtehe. Allein dieſem Satze ſteht die Regel entgegen, daß bei der Rei vindicatio dasjenige, was für das Eigenthum eines Anderen erworben iſt, nicht ohne Weiteres an die Stelle des dafür Hingegebenen tritt.

l. 6. C. de rei vind. (3. 32),

l. 1. 3. 8, c. si quis alteri vel sibi (4. 50),

l. 9. c. de donat. inter. v. et ux. (5. 16).

Nun hat es wohl eine gewiſſe Wahrſcheinlichkeit für ſich, daß Nr. 170, da es, wie die Beklagten ſelbſt ſagen, mit Wiſſen der

Klägerin für das Almendstück Nr. 42 eingetauscht wurde, ihr zugehören werde, sofern sie damals das Eigenthum von Nr. 42 hatte, aber mit Nothwendigkeit folgt es nicht, sondern es kommt dabei viel auf die Umstände an, und insbesondere, soviel der Erwerb des Eigenthums betrifft, auch darauf, für wen an Lenz die Tradition von Seiten der vorigen Eigenthümer geschehen ist, ob für Lenz selbst oder für die Klägerin. Daraus folgt dann weiter, daß der Gegenstand des Beweises ein ganz anderer ist, und daß es sich auch mit der Beweislast ganz anders verhält, wenn die Klägerin jetzt Nr. 170 vindiciren will, als wenn es bei der Zurückforderung von Nr. 42 verblieben wäre, indem die Beklagten bei Letzterm den ursprünglichen Eigenthumserwerb bereits eingeräumt haben. Demnach kann die vorliegende Klageänderung gewiß nicht für eine unwesentliche Berichtigung gehalten werden; die Klägerin war also mit ihrem Anspruch auf Nr. 170 aus dem gegenwärtigen Rechtsstreite gänzlich wegzuweisen.

c. Liebtreu ca. Ueberhoff. 1845.

Da die den fünften und sechsten Debetposten bildenden Protestkosten im Contocorrent so aufgeführt stehen, als beträfen sie auf den Beklagten gezogene Wechsel, gibt der Kläger in der Replik an, diese beiden Wechsel seien gegen die obenerwähnten Gegenstände auf den ursprünglichen Socius des Beklagten Hammeran trasirt gewesen, die Verpflichtung zur Vergütung der Protestkosten sei aber durch die Übernahme des Geschäfts für alleinige Rechnung auf den Beklagten allein übergegangen, auch überdieß von Diesem ausdrücklich mündlich übernommen worden.

Allein diese Angaben enthalten doch nicht sowohl Abänderungen des in der Klage bestimmt Vorgetragenen, wodurch Grund und Petitum derselben eine Modification erlitte, also keine eigentliche mutatio libelli, sondern nur eine nähere Erläuterung und Ergänzung des in dem Contocorrent in allgemeinen Ausdrücken Angegebenen, so daß es sogar zweifelhaft erscheint, ob man sie als eigentliche emendatio und nicht vielmehr bloß als eine auch nach Frankfurter Rechte völlig zulässige declaratio libelli aufzufassen hat, und welche

der Beklagte um so weniger als unzulässige Klagänderung anfechten kann, als er ja der Klage sogar die Einrede der Dunkelheit opponirt und dadurch dieselbe wenigstens als einer nähern Bestimmung bedürftig und also fähig anerkannt hat, und als durch das bei Klagen aus Contocorrenten ganz gewöhnliche in concreto angewendete Verfahren, die einzelnen Posten, insoweit sie bestritten werden, in der Replik näher zu rechtfertigen, dem Beklagten, der die ganze Klage bestreitet, seine Rechtsvertheidigung in keiner Weise erschwert wird, in welchem Falle nach dem neueren Gerichtsgebrauche selbst eine emendatio libelli nicht unbedingt für unzulässig geachtet wird.

Bender, Frankf. Privatr. II. S. 149.

35.

Ph. B. Eidebenz, Kläger und Appellat, wider **C. Lachmann** aus Hamburg, Beklagten und Appellanten, wegen Forderung von 6000 Gulden.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. October 1854.

Es iſt, wie bereits das angefochtene Erkenntniß hervorhebt, unbeſtritten, daß Kläger dem Beklagten ſeit einer Reihe von Jahren Geſchäfte beſorgt und Dienſte geleiſtet hat, und ſteht rechtskräftig feſt, daß derſelbe eine Belohnung hierfür dann nicht fordern kann, wenn ſie ihm nicht beſonders verſprochen worden iſt. Daher fragt es ſich nur, ob die Klage, inſoweit ſie auf ein ſolches Verſprechen ſich ſtützt, genügend begründet erſcheint. Soviel nun

1. das vom Stadtgerichte zum Beweis verſtellte Verſprechen einer Vergütung von mehr als fl. 5000 anlangt, ſo iſt an der Zulänglichkeit der in dieſer Beziehung aufgeſtellten Klagebehauptungen nicht zu zweifeln. Beklagter hat darnach auf die Vorſtellungen, die Kläger ihm wegen des Zeitverluſtes, den er demſelben veranlaſſe, gemacht, erklärt: „er werde ihn gut belohnen," und weiter, nachdem er auf Befragen erfahren, daß das eingebrachte Vermögen der Frau des Klägers mehr als fl. 5000 betrage, hinzugefügt: „Sie ſollen von mir mehr erhalten," wozu Kläger ſeine Zuſtimmung ausgeſprochen. Daß hier von demjenigen Zeitverluſte die Rede geweſen, den Kläger in Folge ſeiner dem Beklagten gewidmeten Dienſte erlitt, kann, dem Zuſammenhange nach, in den die Klage die fragliche Erzählung bringt, nicht bezweifelt werden. Wenn aber der Beklagte angegebenermaaßen hiefür nicht nur im Allgemeinen eine Belohnung zugeſagt, ſondern auch ein Minimum des Betrags derſelben beſtimmt, und Kläger dieſe Zuſage acceptirt

hat, ſo ſind hierin alle Merkmale eines bindenden Vertrags-abſchluſſes zu finden.

Beklagter hat nun zwar in der Appellationsrechtfertigung als Mangel des fraglichen Vorbringens bezeichnet:

1) daß jede Angabe der Zeit fehle, wann jene Zuſage Statt gefunden haben ſolle. Allein die Angabe der Zeit des Geſchäfts, aus dem geklagt wird, bildet, inſofern daſſelbe nur auf andere Art mit genügender Beſtimmtheit bezeichnet iſt, kein weſentliches Erforderniß der Klagbegründung. Wenn aber Beklagter dieſelbe vorliegend insbeſondere deßhalb für nöthig hält, weil ohne ſie ſich gar nicht ermeſſen laſſe, für welchen Zeitraum die angeſprochene Vergütung verlangt werde, folglich darin weder der Abſchluß eines Dienſtvertrages, noch die nachträgliche Feſtſtellung eines Honorars für geleiſtete Dienſte gefunden werden könne, ſo erledigt ſich dieß dadurch: daß die fragliche Zuſage jedenfalls in eine Zeit geſetzt iſt, wo Kläger dem Beklagten bereits Dienſte geleiſtet hatte, daß dabei die Leiſtung fernerer Dienſte einer beſtimmten Art zur Bedingung nicht gemacht worden ſein ſoll und daß daher Beklagter durch jene Zuſage (wenn gleich die Hoffnung auf noch weitere Dienſtleiſtungen des Klägers ihn dazu mitbewogen haben mag) ſich verpflichtet haben würde, ſchon allein der früheren Dienſte wegen, das Minimum der genannten Vergütung zu zahlen.

2) Daß in den Thatſachen, wie ſie vorgebracht worden, höchſtens eine ganz unbeſtimmte Vertröſtung auf irgend eine Liberalität, am wahrſcheinlichſten auf eine letztwillige, zu finden ſei. Dieß iſt jedoch bereits durch die obige Ausführung, wonach dem behaupteten Hergange der Charakter eines bindenden Vertragsabſchluſſes nicht abgeſprochen werden kann, widerlegt.

3) Daß die Gültigkeit des Verſprechens jedenfalls von der beklagtiſcherſeits geleugneten Vorausſetzung abhängen würde, daß des Klägers Ehefrau wirklich fl. 5000 in die Ehe gebracht. — Allein nach der Darſtellung in der Klage, iſt die Zuſage weder dahin gegangen, daß der Kläger mehr als den Betrag, den ſeine Frau in die Ehe gebracht, erhalten ſolle, noch kann darnach angenommen werden, daß Kläger die Summe von wenigſtens fl. 5000 nur unter Vorausſetzung der Wahrheit der von ihm

über das Eingebrachte ſeiner Frau gemachten Angabe erhalten ſollte. Es erſcheint vielmehr das Verſprechen einfach auf mehr als fl. 5000 gerichtet.

4) Daß das ganze Vorbringen vollſtändig unwahrſcheinlich ſei. Es kann indeß die bloße Unwahrſcheinlichkeit einer Behauptung keinen Grund abgeben, den Behauptenden vom Beweiſe derſelben auszuſchließen, und muß es vielmehr dem Beklagten überlaſſen bleiben, diejenigen Momente, aus denen ſich auf die Unwahrheit der Behauptungen des Klägers ein Schluß ziehen läßt, zum Gegenbeweiſe zu benutzen.

Anlangend ſodann

II. diejenigen Thatſachen, deren Beweis dem Kläger vom Appellationsgerichte nachgelaſſen worden iſt, ſo läßt ſich allerdings nicht verkennen, daß die Angabe der Klage:

Beklagter habe einmal dem Kläger geſagt:

> „Bei mir ſollen Sie mehr verdienen als in Ihrem Kramladen. Sagen Sie dieß Ihrer Frau, wenn ſich dieſelbe wieder beſchwert, Sie verlören zu viel Zeit in Ihrem Geſchäfte,“

wenn man ſie für ſich allein betrachtet, zu unbeſtimmt iſt, als daß darin eine zwiſchen beiden Theilen zu Stande gekommene Vereinbarung des Inhalts: „Beklagter habe dem Kläger für ſeine Dienſtleiſtungen wenigſtens ſo viel zu zahlen, als dieſer ohne dieſelben in ſeinem Geſchäfte verdient haben würde, gefunden werden könnte. Allein es kommt in Betracht, daß die Klage zunächſt die Behauptung enthält: „Beklagter habe mehrfach ſeine Verpflichtung zur Honorirung und Entſchädigung des Klägers, ſowohl mündlich als ſchriftlich anerkannt und ſeien auch über die Größe des Honorars bei verſchiedenen Gelegenheiten beſtimmte Erklärungen erfolgt und von dem Kläger als bindend aufgenommen und acceptirt worden,“ und gerade an dieſe Behauptung die Angabe über die unter I. und II. der gegenwärtigen Entſcheidungsgründe erwähnten ſpeciellen Äußerungen des Beklagten mittelſt der Worte: „So hat Beklagter bei einer Gelegenheit — — erklärt,“ und beziehungsweiſe: „Ein andermal ſagte Beklagter ꝛc.“ ſich anſchließt. Durch dieſen Zuſammenhang wird es klar, daß die vorher erwähnten Worte des

Beklagten keineswegs ſelbſtſtändig zum Klaggrunde dienen, ſondern durch deren Mittheilung nur einer jener früheren Sätze, nämlich: „es ſeien über die Größe des Honorars beſtimmte Erklärungen gemacht worden," ſeine nähere Ausführung erhalten ſollte. Muß man aber hienach als behauptet anſehen, die fragliche Erklärung des Beklagten ſei mit Beziehung auf die von ihm ausdrücklich anerkannte Verbindlichkeit, den Kläger für deſſen Dienſtleiſtungen zu honoriren und zu entſchädigen, erfolgt und vom Kläger acceptirt worden, ſo liegt hierin allerdings das Zuſtandekommen einer bindenden Übereinkunft der obenbezeichneten Art. Daß die Abſicht des Klägers auf die Behauptung einer ſolchen gegangen, wird denn auch dadurch außer allen Zweifel geſtellt, daß im weitern Verlauf der Klage derſelbe es als eine ſeinerſeits bereits aufgeſtellte Behauptung bezeichnet, daß „Beklagter ſeine Verbindlichkeit zur Entſchädigung des Verluſtes des Klägers anerkannt," beziehungsweiſe: daß „Beklagter dem Kläger durch Vergütung für ſeine Dienſtleiſtungen den Verluſt im Geſchäft und ſelbſt mehr zu erſetzen verſprochen habe," wie er denn auch in der Replikſchrift erklärt, bei ſeiner Klagebehauptung, „daß Beklagter dem Kläger volle Entſchädigung für ſeine Verluſte im Geſchäfte verſprochen," zu beharren. Nun hat freilich der Beklagte auch hier in der Appellationsrechtfertigung eine Reihe von Einwendungen gegen die Klagebegründung und den vom Appellationsgericht in dieſer Richtung nachgelaſſenen Beweis vorgebracht. Dieſelben ſtellen ſich jedoch ſämmtlich als unbegründet dar. Denn ſoviel

1) die Rüge anlangt, daß Kläger es an jeder nähern Begründung und Specification des in ſeinem Geſchäfte erlittenen Schadens habe fehlen laſſen, ſo erſcheint es an und für ſich im natürlichen Lauf der Dinge begründet, daß ein Specereihändler, der ſeinem Geſchäft einen bedeutenden Theil ſeiner Zeit entzieht, um dieſe einem Dritten zu widmen, dadurch Schaden in jenem Geſchäfte erleidet, und kann die nähere Darlegung dieſes Schadens, namentlich ſeiner Größe nach, dem Beweisverfahren überlaſſen werden, in welchem es denn auch dem Beklagten unbenommen bleibt, ſeinerſeits gegenbeweislich darzuthun, daß unter den beſonderen Verhältniſſen des Geſchäfts des Klägers, die Abweſenheit dieſes Letzteren aus

ſeinem Laden gar keinen Schaden für ihn zur Folge gehabt. — Wenn ſodann der Beklagte

2) auch hier wieder eine jede Zeitangabe vermißt, woraus ermeſſen werden könnte, von wann an der etwaige Geſchäftsverluſt durch den Beklagten zu erſetzen wäre, ſo erſcheint allerdings der Zeitpunkt des fraglichen Verſprechens inſofern von großer Erheblichkeit, als, nach der Faſſung des vom Appellationsgericht aufgeſtellten Beweisſatzes;

verb.: „daß er auf dieſes Verſprechen hin, dem Beklagten Dienſte geleiſtet und Geſchäfte beſorgt habe,"

und der Erläuterung, die derſelbe durch die Entſcheidungsgründe

verb.: „daß er auf dieſes Verſprechen hin dem Beklagten fernere Dienſte geleiſtet und dadurch Schaden erlitten habe,"

erhält, Kläger den fraglichen Schadenserſatz nur in Betreff derjenigen Dienſte zu fordern berechtigt erſcheint, die er nach jenem Verſprechen geleiſtet und alſo auch (worauf die Worte: „oder wieviel weniger," im Beweisſatz mitbezogen werden müſſen) zur Liquidation des Schadens aus der ganzen Zeit von 1845 bis 1854 nur dann zugelaſſen werden kann, wenn das Verſprechen zu Anfang dieſes Zeitraums Statt gefunden hat. Indeſſen iſt nicht zu erſehen, daß der Beklagte dadurch, daß jener Zeitpunkt nicht bereits in der Klage angegeben iſt, in ſeiner Vertheidigung gegen dieſe beeinträchtigt worden wäre und kann die Feſtſtellung jenes Zeitpunktes daher dem Beweisverfahren überlaſſen bleiben.

3) Die Einwendung, die Zuſage ſei eine ganz unbeſtimmte und laſſe ebenſo gut auf eine letztwillige Liberalität ſchließen, als auf das wirklich gemachte Geſchenk von fl. 400 und das offerirte von fl. 600 erledigt ſich durch die obige Ausführung, wonach der Abſchluß eines den Beklagten bindenden Vertrags als in der Klage behauptet angeſehen werden muß. Wenn

4) hervorgehoben wird, Kläger habe nicht behauptet, daß er dem Beklagten irgend einen ihm jährlich erwachſenden Schaden der Summe nach namhaft gemacht und daß ihm der Beklagte den Erſatz dieſer Summe verſprochen, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß eine hinlängliche Beſtimmtheit des Betrags der zugeſagten Vergütung, wenigſtens ſeinem Minimum nach darin liegt, daß

derſelbe durch Feſtſtellung des Schadens, den Kläger in ſeinem Geſchäfte erlitten, ermittelt werden kann. Endlich hat Beklagter noch

5) bemerkt: eine Zuſage, wie Kläger ſie behaupte, würde ihn, den Beklagten, nicht verpflichten können, entgangenen Gewinn wegen unterlaſſener Geſchäfte zu erſetzen und dennoch laſſe die Normirung des Beweisſatzes dieſe wichtige Frage unentſchieden, indem ſie ſich im Allgemeinen auf erlittenen Schaden erſtrecke. Es genügt aber hiegegen die Hinweiſung darauf, daß weder in den Worten des fraglichen Verſprechens des Beklagten: „der Kläger ſolle bei ihm mehr verdienen, als in ſeinem Kramladen," die vielmehr gerade vorzugsweiſe auf entgehenden Gewinn hinweiſen, noch in der muthmaßlich dabei obwaltenden Abſicht ein Grund gefunden werden kann, jene Art des Schadens als von dem Erſatze, den Beklagter verſprochen haben ſoll, ausgeſchloſſen zu betrachten.

Schließlich iſt noch zu bemerken, daß eine Seitens des Klägers erfolgte Acceptation der beiden unter I. und II. erwähnten Zuſagen des Beklagten zwar nicht ausdrücklich in die Beweisſätze mit aufgenommen worden iſt, dieſelbe jedoch einen ſich von ſelbſt verſtehenden Beſtandtheil der zu Beweis verſtellten Verſprechen bildet.

Nach dieſem Allem erſcheinen die Beſchwerden des Beklagten unbegründet und hat derſelbe folgeweiſe auch die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz allein zu tragen.

36.

J. C. Löffler Ehefrau, **M. E.** geb. **Fendtner**, Klägerin, wider die Erben des **Joh. Chr. Fertig** aus Kleinheubach, nämlich **J. Friedrich, W. Ludwig, Christian** und **Margaretha** Geschwister **Fertig**, letztere vertreten durch ihren Vormund **G. H. Heeger**, wegen Erbansprüche und Alimente.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 14. September 1853.

1) — — — — — — — — — —

2) In der Sache selbst stellt sich die erhobene Klage nach dem eigenen Vortrage der Klägerin als unstatthaft dar. Das Kind der Klägerin ist nämlich nach deren Verehelichung mit Johann Nicolaus Rückert geboren und, wie sich aus dem von der Klägerin selbst vorgelegten Geburtsschein ergibt, von Rückert anerkannt, steht mithin nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift

L. 11. C. de natural. lib. 5. 27.
Nov. 89. cap. 8 in fine.

einem in stehender Ehe erzeugten Kinde vollkommen gleich.

In der Ehe erzeugte Kinder aber haben an dem Ehemann ihren gesetzlich bestimmten Ernährer, dergestalt, daß selbst das Eingeständniß und der Beweis eines unerlaubten Umgangs der Mutter mit einem Anderen unerheblich erscheint,

L. 11. § 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5.

und die Klage auf Ernährung eines gesetzlich für ehelich anerkannten Kindes gegen den angeblichen außerehelichen Erzeuger unzulässig ist, so lange nicht die Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann behauptet worden ist. An dieser Behauptung fehlt es aber gerade in dem vorliegenden Falle. — Die Unstatthaftigkeit

des erhobenen Erhanſpruchs bedarf hienach keiner beſondern Ausführung.

Aus dieſen Gründen wird hiemit zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — —

II. „Die Klägerin wird mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewieſen und ſchuldig erkannt, den Beklagten die verurſachten Streitkoſten zu erſtatten."

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 7. December 1853.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

Bei des verſtorbenen Ehemannes der Klägerin vorliegendem, in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Anerkenntniß ſeiner Vaterſchaft zu dem, von derſelben am 2. Februar 1846 geborenen Kinde, rechtfertigt ſich das vorige Erkenntniß an und für ſich ausreichend, da abgeſehen von dem Beweiſe der Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann überhaupt, auch ein vor dem 182ſten Tage der Ehe geborenes Kind dennoch als legitim gelten ſoll, wenn des Ehegatten Anerkennung den fehlenden Zeitraum erſetzt.

Savigny Syſtem Bd. II. S. 389.

Nun hat zwar Appellantin in gegenwärtiger Inſtanz auch die Behauptung der Unmöglichkeit einer Zeugung beſagten Kindes durch jenen ihren Ehemann vorgebracht, und dieſe Behauptung, unter Berufung auf das beneficium novorum noch jetzt geltend zu machen verſucht. Es hätte aber gerade dieſe Behauptung zu weſentlich mit der Begründung der von der Appellantin angebrachten Klage gehört, als daß deren Geltendmachung erſt in höherer Inſtanz, und ohne vorgängige, ordnungsmäßige Verhandlung über die ihr angeblich zu Grunde liegenden thatſächlichen Verhältniſſe zugegeben, und ſolche als unter den Begriff Desjenigen fallend erachtet werden könnte, was § 73 des J. R. A. als zuläſſige nova erkennt.

Dieſemnach wird, unter Verfällung der Appellantin in die Koſten gegenwärtiger Inſtanz, die erhobene Berufung verworfen und die Rückſendung der vorderen Acten verfügt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. November 1854.

Auf weitere Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem Appellantin die gegen die Verſäumung der Einführungsfriſt nachgeſuchte Reſtitution ertheilt worden, *) für berichtigt anzunehmen, und in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 7. December und des Stadtgerichts vom 14. September 1853 dahin zu beſtätigen und abzuändern ſeien, daß die Klägerin zunächſt verbunden ſei, ſich binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Friſt als Vormünderin ihrer unmündigen Tochter zu legitimiren, für ſolchen Fall aber die drei erſtgenannten Beklagten zu verurtheilen ſeien, der Klägerin als Vertreterin ihrer unmündigen Tochter nach vorgängiger, von der Klägerin binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Friſt zu treffender Wahl, entweder den gedachter Tochter zuſtehenden ſechsten Theil der Verlaſſenſchaft des Johann Chriſtian Fertig zu ihren Antheilen auszuantworten, oder derſelben an Alimenten vom 6. März 1853 bis zum 2. Februar 1860 wöchentlich vier Gulden zu ihren Antheilen theils zu zahlen, theils inſoweit dieſelben künftig fällig werden, für die Zahlung Sicherheit zu leiſten, der Vormund der minderjährigen Margaretha Fertig aber verbunden ſei, binnen einer vom Stadtgericht unter Strafandrohung anzuberaumenden Friſt ſich über die in der Klagſchrift Seite 4 und Seite 7 erſichtlichen Behauptungen, betreffend theils die Anerkennung der unmündigen Tochter der Klägerin abſeiten des Johann Chriſtian Fertig, theils die über den Betrag der Alimente gemachten Angaben prozeßordnungsmäßig zu erklären, dagegen die Klägerin mit den in eigenem Namen geltend gemachten Anſprüchen an den Nachlaß des Johann Chriſtian Fertig abzuweiſen ſei;

und wird nunmehr, unter Ausſetzung des Erkenntniſſes über ein Viertheil der in erſter Inſtanz erwachſenen Koſten, ſowie unter

*) Vergleiche oben Seite 205.

Vergleichung derſelben zu drei Viertheilen, nicht minder unter Vergleichung ſämmtlicher in beiden Appellations-Inſtanzen erwachſener Koſten, die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die von der Klägerin in der vorigen Inſtanz aufgeſtellte Beſchwerde darüber, daß nicht die Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte verurtheilt ſeien, welche dieſelbe mittelſt ihrer erſten Beſchwerde gegenwärtiger Inſtanz wiederholt hat, mußte zum Theil für begründet erkannt werden. Zwar war der Klägerin

1) nicht beizupflichten, wann dieſelbe vermeint einen Theil des in Nov. 18. c. 5 und 89. c. 12. den Concubinenkindern zugebilligten, und durch die Praxis in Frankfurt

Orth Anmerk. zur Frankfr. Reform. B. 4. S. 490 und 491.

v. Adlerflycht Priv. R. der Stadt Frankf. II. § 271.

Bender Handb. des Frankf. Priv. R. S. 486.

Souchay Anmerk. zur Reform. Bd. 2. S. 880 und 897.

auf Grund der in dem Titel von Reform. 5. 1. § 13 vorkommenden Worte „oder Liebkindern" auch den Jungfernkindern zuerkannten ſechsten Theils vom Nachlaſſe des ohne Ehefrau, eheliche Kinder und einen letzten Willen verſtorbenen Erzeugers ihres Kindes in eigenem Namen in Anſpruch nehmen zu können. Zunächſt deßhalb, weil in Frankfurt, deren Reformation eines Erbrechts weder der außereheliche Geſchwächten, noch bleibender Zuhälterinnen gedenkt, nach Reichs- und Landesgeſetzen

vergl. Orth a. a. O.

außereheliche Schwächung wie Concubinat mit Strafe bedroht ſind, und daher mit einem eventuellen Erbrecht nicht belohnt ſein werden, eine Anſicht, welche auch nach dem Zeugniß von

Souchay a. a. O. S. 900.

daſelbſt in der Rechtſprechung angenommen worden iſt, jedenfalls aber aus dem Grunde, weil ſie nach ihrem Verhältniß zu Fertig ſich anderweit verheirathet hat und die Novellen ein Erbrecht nur einer Frau geben, welche mit dem Verſtorbenen „dum vixerit"

zuſammen gelebt und nicht vorher „separatione vel morte" von ihm ſich getrennt hat. Hienach war anzunehmen, daß das Erbrecht für die unmündige Tochter zu dem vollen Sechstheil geltend gemacht ſei.

Anlangend nun

2) die von der Klägerin Namens ihrer unmündigen Tochter geltend gemachten Anſprüche, ſo konnte Jene, da es ſich nicht um eine bloße Alimentationsforderung, ſondern zugleich um einen Erbanſpruch der Tochter handelt, nicht ohne Weiteres zur deßfallſigen Rechtsverfolgung gelaſſen werden, ſondern war derſelben zuvörderſt aufzugeben, ſich als Vormünderin zur Geltendmachung der Anſprüche zu legitimiren. Die Sache ſelbſt betreffend, ſo war

3) dieſer von der Klägerin copulativ verfolgte Anſpruch auf Auskehrung des ſechsten Theils der Verlaſſenſchaft des Johann Chriſtian Fertig und auf Bezahlung von vier Gulden wöchentlicher Alimente vom 6. März 1853 bis zum 2. Februar 1860

arg. Nov. 89. c. 12. § 6.

nur alternative für begründet zu erachten, und es könnte daher die Frage entſtehen, ob nicht die in der copulativ geſtellten Forderung enthaltene Zuvielforderung

Reform. 1. 17. § 9 z. E.

die Abweiſung der Klägerin angebrachtermaaßen zur Folge haben mußte. Da indeſſen nach Reform. a. a. O. § 12 dieſe Rechtsfolge nur „auf Excipiren und Anrufen des Beklagten" eintreten ſoll, und das Ober-Appellationsgericht ſchon früher

Lebling ca. Gerothwohl 1832. *)

Hummel ca. Langenbach 1832.

von einem darauf gerichteten Antrag gedachte Abweiſung abhängig gemacht hat, es aber hieran in der Vernehmlaſſung der Beklagten fehlt, ſo war der Klägerin, wie im Urtheil geſchehen, aufzugeben, ſich zu erklären, welchen von beiden Anſprüchen ſie verfolgen wolle. Es mußten nämlich

4) beide Anſprüche für rechtlich begründet erachtet werden. Sie ſind es, ſobald man die Frage, ob ein in der Ehe vor dem

*) Siehe Seite 377 und 378.

182ſten Tage nach deren Eingehung geborenes Kind das Recht hat, durch den bloßen Beweis, daß ein Dritter innerhalb der kritiſchen Zeit mit der Mutter den Beiſchlaf vollzogen habe, ſich die Rechte eines unehelichen, von jenem Dritten erzeugten Kindes zu verſchaffen, bejahet. Zwar haben die vorigen Richter mit

Savigny Syſtem Bd. 2. S. 389. not. f. Nr. l.

auf Grund der

l. 11. C. de natural. lib.

die Anſicht befolgt, daß nach juſtinianiſchem wie heutigem Recht zum Begriff eines ehelichen Kindes deſſen Geburt in der Ehe noch vor der geſetzlichen Zeit genüge, ſobald die ſtillſchweigende, oder, wie hier in einem öffentlichen Documente vorliegt, die ausdrückliche Anerkennung des Vaters hinzutrete, mithin unter dieſer Vorausſetzung die in der Ehe nur geborenen den in ſolcher auch erzeugten gleichſtänden. Denn alsdann würde es auch Jenen nur geſtattet ſein, wenn überhaupt, durch den Beweis der Unmöglichkeit einer Zeugung abſeiten des Ehemannes eine Veränderung ihres Status herbeizuführen. Es konnte jedoch in l. 11 cit. (vom Jahre 530), in welcher ihrem ganzen Zuſammenhange nach von der Gewißheit der Frage über die Vaterſchaft ausgegangen ſein dürfte, keine ſo durchgreifende Abänderung des in den ſpäter publicirten Digeſten aufgenommenen aus

l. 12 de Statu hominum 1. 5.

l. 3. § 12 de suis et legit. 38. 16.

erſichtlichen ältern Princips, ſondern, wie auch die Schlußworte der Conſtitution beſagen, nur eine Verfügung gefunden werden, welche die Kinder, resp. deren Vertreter, für dieſelben geltend machen können, ſobald ſie ſolches vortheilhaft erachten, und ſo lange ſie nicht in bindender Weiſe darauf verzichtet haben. Letzteres liegt nicht vor, und Erſteres iſt durch die Klaganſtellung zu erkennen gegeben: die Erklärung des Ehemannes aber, welche dieſer gegen ſich gelten laſſen mußte, darf den Rechten des vor dem geſetzlichen Termin geborenen Kindes, die aus der außerehelichen Geburt hervorgehenden Rechte für ſich in Anſpruch zu nehmen, nicht nachtheilig werden. Nach dieſer Auffaſſung bedarf die Frage, ob die von der Klägerin in der Appellationsinſtanz geltend gemachte Unmöglich-

keit einer Erzeugung ihrer unmündigen Tochter durch Rückert, sei es mittelst der Rechtswohlthat neuen Vorbringens, sei es auf dem Wege der Restitution in dem jetzigen Rechtsstreit zu berücksichtigen sei, keiner Beantwortung. Es sind aber auch beide Ansprüche

5) in rechtliche Gewißheit gesetzt worden. Anlangend nämlich

a) die Frage, ob der Erblasser der Beklagten während der kritischen Zeit mit der Klägerin den Beischlaf vollzogen habe, so ist in der Klageschrift in dieser Beziehung theils eine direkt hierauf gerichtete Behauptung Seite 2 aufgestellt, theils Seite 4 die Angabe enthalten, daß Jener das in Rede stehende Kind stets als das seinige, als von ihm erzeugt, anerkannt habe. Mit dem Beweise dieses letzteren Thatumstandes ist aber der Beweis der ersten Behauptung indirekt geführt. Nun haben zwar die Beklagten in ihrer Vernehmlassung über den Beischlaf selbst in ausreichender und zulässiger Weise ihr Nichtwissen erklärt, in Betreff der behaupteten Anerkennung des Kindes aber fehlt es an jeder Beantwortung, weßhalb die Klägerin mit Recht darauf angetragen hat, diese Behauptung nach Artikel 34 der provisorischen Prozeßordnung als zugestanden anzunehmen. Dieselbe Bewandtniß hat es

b) mit den von der Klägerin für die Höhe der Alimentenforderung Seite 7 der Klagschrift vorgetragenen Momenten. Die Klägerin behauptet, daß Johann Christian Fertig bis zu seinem Tode an Alimenten von 1846 bis 1853 wöchentlich die Summe von vier Gulden bezahlt habe; daß dieser Betrag seinen wohlhabenden Verhältnissen entsprochen, und daß solcher eine dahin gehende ausdrückliche Zusage geleistet habe. Alles, was die Beklagten in der Vernehmlassung hierauf erwiedern, besteht darin, daß die Summe von wöchentlich vier Gulden zu hoch gegriffen sei. Auch in dieser Beziehung mußte dem klägerischen Antrag gemäß die bisherige Leistung, wie die deßfallsige Zusage als eingestanden erachtet werden, und durch Beides ist der klägerische Anspruch liquide gestellt. Es waren aber die Alimente nicht bloß für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft zuzuerkennen, da der Einwand der Beklagten: Klägerin habe zuvor darzuthun, daß ihr Kind noch lebe und das vierzehnte Jahr zurücklegen werde, nicht

zu beachten ist, indem es vielmehr Sache der Beklagten ist, durch den Beweis, daß das Kind gestorben sei, sich von ihrer Verbindlichkeit zu befreien. Auch mußten die Beklagten dem Klageantrage gemäß wegen Zahlung der Alimente nach Ausfolgung der Erbschaft zu der von der Klägerin beantragten Sicherheitsleistung verurtheilt werden, da der Umstand, daß Beklagte Ausländer sind, in Frankfurt als ein genügender Grund für die beantragte Sicherheitsleistung erachtet wird.

Bender Handb. des Civilproz. S. 196. Nr. 14 med.

Dem Vorstehenden zufolge bedarf die eventuelle Beschwerde der Klägerin in voriger, sowie die zweite Beschwerde derselben in gegenwärtiger Instanz keiner Prüfung.

Von dem in Nr. 4 und 5 gewonnenen Resultat mußte

6) in Ansehung der Margaretha Fertig, welche durch einen Vormund vertreten wird, auf Grund des Art. 36 der provisorischen Prozeßordnung eine Ausnahme gemacht werden. Das Stadtgericht hat nämlich mit Recht die Strafe des Eingeständnisses nur dem großjährigen Beklagten angedroht, und war mithin, wie im Urtheil geschehen, dem Vormund der gedachten Minderjährigen eine bessere Klagebeantwortung bei Strafe aufzulegen und mithin insoweit das Erkenntniß auszusetzen.

Die Vergleichung der in beiden Appellationsinstanzen erwachsenen Kosten war zu erkennen, weil die Hauptbeschwerde der Klägerin fast in ihrem ganzen Umfange für begründet erachtet werden mußte. Von den Kosten erster Instanz waren drei Viertheile auf Grund der klägerischen Zuvielforderung zu vergleichen, während ein Viertheil derselben zum dereinstigen Erkenntnisse in dem von dem Vormunde fortzusetzenden Rechtsstreite zu verstellen war.

Auszug aus den S. 374 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen

a. Lebling ca. Gerothwohl. 1832.

Die Pluspetition anlangend, so ist dieselbe zwar schon in erster Instanz excipiendo angeregt worden, aber bloß mit der Absicht darauf die Anträge der theilweisen Abweisung des Klägers

oder deſſen Verurtheilung zu einem Schadenserſatze zu erwirken, und inſofern kann erſt bei der definitiven Entſcheidung der Sache darauf Rückſicht genommen werden. Hätte der Beklagte die Einrede der Pluspetition, wie ſolches die Reformation allerdings geſtattet, zu dem Grunde benutzen wollen, um eine Entbindung von der Inſtanz zu bewirken, ſo hätte er dieß in der Exceptionsſchrift erklären, und ſeine Bitte wenigſtens eventuell hierauf richten müſſen, was von ihm nicht geſchehen iſt.

b. Hummel ca. Langenbach. 1832.

Nach der obigen Anſicht, daß es auf den Frankfurter Cours ankommt, erſcheint nun freilich die von der Beklagten vorgeſchützte Einrede der plus petitio als gegründet, da in der Klage wegen des Courſes eine Vergütung von fl. 189. 36 kr. gefordert wurde, während nach der eigenen Angabe des Klägers die Differenz nach dem Frankfurter Courſe nur fl. 134. 1 kr. betragen ſoll. Dieſer Umſtand kann jedoch nicht, wie hierauf die Beklagte in der Duplik erſter Inſtanz hinzudeuten ſcheint, die Folge haben, daß deßhalb gegen den Kläger die in der Reformation l. 17. 12 feſtgeſetzte Strafe eintreten müßte; denn theils hat die Beklagte in der Exceptionsſchrift die Einrede der Pluspetition nur als eine gewöhnliche peremtoriſche Einrede ohne allen Antrag auf Entbindung von der Inſtanz vorgebracht, weßhalb dieſer letztere Antrag ſpäter nicht mehr ſtatthaft war, theils findet jene Strafe in dem Falle keine Anwendung, wenn, wie hier, der Kläger dem Richter in der Klage das Factum richtig vorträgt und die beweiſende Urkunde vorlegt, und nur in Folge einer unrichtigen Auslegung der Letzteren zu viel fordert.

37.

J. W. Haag und deſſen Ehefrau A. M. geb. Zilcher, Kläger und Widerbeklagte, wider J. B. Zilcher, Beklagten und Widerkläger, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 4. October 1852.

In Erwägung, daß

1) was die Klage anbelangt, Beklagter zwar die Unterſchrift des Schuldſcheins [2] act. ſtillſchweigend recognoscirt, jedoch zugleich in Abrede geſtellt hat, den Betrag von fl. 574. 37½ kr. von der Mitklägerin dargeliehen erhalten zu haben, daß

2) in der Replik zugeſtanden iſt, es ſei dieſes Darlehn dem Beklagten nicht von der Mitklägerin, ſondern von ihrem am 30. November 1843 verſtorbenen Vater Wolfgang Philipp Zilcher im Betrage von fl. 1149. 15 kr. gemacht und demnächſt über die ihr erblich zugefallene Hälfte dieſer Forderung der vorher erwähnte Schuldſchein ausgeſtellt worden, daß

3) die klägeriſche Angabe über die von der Mitklägerin und ihrem Bruder Franz Zilcher je zur Hälfte geſchehene Beerbung ihres Vaters beklagter Seits nicht beſtritten, jedoch auch die Darlehnsforderung des letzteren geleugnet worden iſt, daß

4) in dem vorher unter 2 erwähnten Zugeſtändniß um ſo weniger eine Änderung der urſprünglichen Klage gefunden werden kann, als nach hieſiger Gerichtspraxis jede anderweite frühere Schuld durch Verabredung, daß die betreffende Summe dem Schuldner als verzinsliches Darlehn gelaſſen werden ſoll, ſich in eine Darlehnsſchuld verwandelt,

(Entſchgr. des O. A. G. zum Erkenntniß vom 19. Febr. 1852 in S. Rentz ca. Hehne, S. 7 und f.)

daß aber

5) der fragliche Schuldschein darum, weil in demselben der ursprünglichen Schuld des Beklagten an den Vater der Mitklägerin keine Erwähnung geschehen, als ein instrumentum indiscretum zu betrachten und daher den Klägern der Beweis jener Schuld aufzuerlegen ist,

(S. 12 und f. der alleg. Entschgr.)

bei welchem Beweise es ihnen übrigens unbenommen bleibt sich jener Urkunde mitzubedienen, daß

6) in Betreff der Widerklage, abgesehen von der bestrittenen Activlegitimation des Beklagten und Widerklägers rücksichtlich des Legatanspruchs von fl. 1000 dieser schon deßhalb hinwegfallen muß, weil

a) die von der verstorbenen Anna Marie Wetzel, der Erblasserin der Klägerin in ihrem Testamente vom 14. Mai 1841 erwähnten fl. 500 dem Franz Zilcher legirt sein sollte, wenn dessen Vater Wolfgang Philipp Zilcher die der Testirerin schuldigen fl. 3300 ihr rückbezahlt haben werde, welche Bedingung aber nicht erfüllt worden ist, indem der Widerkläger zugibt, daß die Rückzahlung erst nach dem Tode des Schuldners von dessen Erben geschehen sei, während

b) der Betrag des dem Franz Zilcher durch die Testamentsbeilage vom 26. Juni 1845 verschafften Legats ausweislich der Bescheinigung [12] bereits an den Widerkläger als Bevollmächtigten des Franz Zilcher ausbezahlt worden ist.

In fernerer Erwägung, daß

7) die Widerbeklagten den weiter geforderten Betrag von fl. 15 für Stallmiethe eingeräumt haben,

und in schließlicher Erwägung, daß

8) der eventuelle Antrag der Kläger auf Cautionsleistung unzulässig erscheint, zumal dieselben das von dem Beklagten behauptete Eigenthum desselben an der in hiesigem Gebiete gelegenen Rosenmühle, nicht in Abrede zu stellen vermocht haben,

wird zu Recht erkannt:

I. Kläger werden mit ihrem eventuellen Cautionsantrage und Widerkläger wird mit der erhobenen Widerklage, insoweit solche auf den Betrag von fl. 1000 gerichtet abgewiesen.

II. Kläger und Widerbeklagte sind schuldig binnen vierzehn Tagen den Betrag von fl. 15 nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. vom Tage der Insinuation der Widerklage (7. August 1852), gegen von dem Widerkläger zu leistende cautio de eventualiter restituendo, zu bezahlen.

III. Kläger haben binnen vierzehn Tagen vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun,

daß der verstorbene hiesige Bürger und Metzgermeister Wolfgang Philipp Zilcher dem Beklagten die Summe von fl. 1149. 15 kr. dargeliehen gehabt habe,

und soll demnächst in der Vorklage sowie wegen sämmtlicher Kosten weitere rechtliche Verfügung erfolgen.

Erkenntnisse des Appellationsgerichts

vom 11. Februar 1853.

1) Auf Appellation der Kläger und Adhäsion der Beklagten.

— — — — — — — — — —

Erkannt:

Diesemnach werden die Beschwerden der Kläger und die Adhäsionsbeschwerden des Beklagten, unter Vergleichung der hiedurch beiderseits erwachsenen Kosten, verworfen.

2) Den Klägern bleibt in dem bei dem Stadtgericht seiner Zeit zu eröffnenden Beweisverfahren vorbehalten:

a) die Benutzung der in gegenwärtiger Instanz producirten Beweismittel, welche zu dem Ende zurückgegeben werden können, und

b) der Editionsantrag gegen den Beklagten, wie solcher in gegenwärtiger Instanz vorgebracht worden, worüber jedoch dem Stadtgericht zu erkennen vorbehalten bleibt.

— — — — — — — — — —

2) Auf Appellation des Beklagten und Widerklägers.

Der Beklagte hat der gegen ihn erhobenen Klage reconveniendo und eventuell compensando eine Forderung von fl. 1000

hergeleitet aus den letztwilligen Verfügungen der Anna Maria Wetzel vom 4. Mai 1841 und 26. Juni 1845, nach welchen dem Franz Zilcher zwei Legate von je fl. 500 verschafft worden waren, unter dem Anführen entgegengesetzt, daß er im Monat November 1846 von dem Legatar, den er deßfalls abgefunden, Auftrag und Ermächtigung zur Einziehung dieser Legate erhalten.

Die Kläger haben hierauf die Activlegitimation des Widerklägers bestritten, sodann aber in der Sache selbst das Vorhandensein einer Forderung in Abrede gezogen.

Das Stadtgericht in seinem Erkenntniß vom 4. October 1852 hat die Gegenansprüche des Beklagten verworfen, und deßhalb von einer Prüfung und Ordnung des Legitimationspunktes Umgang nehmen zu können geglaubt.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob selbst mit der Entscheidung, welche das Stadtgericht in der Sache selbst gefunden hat, der Legitimationspunkt nach den Vorschriften der L. 24. Cod. de procurator. 2. 13. unerledigt bleiben konnte. Mit einer Abänderung jener Entscheidung wird die Ordnung des Legitimationspunktes jedenfalls zur Nothwendigkeit.

Zwar ist eine Beschwerde rücksichtlich dieses Gegenstandes bei diesem Gerichte nicht erhoben und auch ein sonstiger Antrag deßfalls schriftlich nicht eingebracht worden; allein es gehört zu den Pflichten des Richters, auch unaufgefordert auf Berichtigung des Legitimationspunktes zu dringen.

Was nun zunächst die Stellung des Widerklägers zu der widerklagend geltend gemachten, hier in Frage stehenden Forderung anbelangt, so stellt sich derselbe nach Inhalt der Widerklage und der Replik in der Widerklage nicht als einfacher Mandatar — als solcher würde er nach der hier eingebrachten Erklärung des eigentlichen Forderungsberechtigten, des Legatars Franz Zilcher sofort zurückzuweisen sein, — sondern als procurator in rem suam dar, weßhalb denn die demselben zu machende Auflage hienach zu bemessen ist.

Diese Auflage wird auch durch die dahier producirte Urkunde [13] act. weder erfüllt, noch sofort gegenbeweislich beseitigt, indem in ersterer Beziehung die fragliche Urkunde nur eine, jetzt revocirte,

einfache Bevollmächtigung und eine Empfangsbescheinigung enthält, also zu dem, was der Widerkläger darthun muß, überall nicht ausreicht, in letzterer Beziehung aber bei aller Unwahrscheinlichkeit doch die Möglichkeit allerdings nicht ausschließt, daß dem Widerkläger auch noch eine weitere Befugniß von dem Legatar Franz Zilcher eingeräumt worden ist.

Was aber in der Sache selbst die Ansprüche der Widerklage aus dem Testamente der Anna Maria Wetzel vom 14. Mai 1841 anbelangt, so steht actenmäßig fest, daß die Testirerin diejenigen fl. 3300, welche dieselbe an den Vater des Legatars Franz Zilcher zu fordern hatte, zwar nicht von ihrem Schuldner selbst, wohl aber bei ihren Lebzeiten aus dem Nachlaß ihres Schuldners ausbezahlt erhalten hat. Hiemit muß die Bedingung als erfüllt betrachtet werden, von welcher das Testament das dem Franz Zilcher verschaffte Legat abhängig gemacht hat.

Während es nämlich wohl zu erklären ist, wie die Testirerin einen Werth darauf legen und die Auszahlung eines Legats davon abhängig machen konnte, wenn eine ausstehende, nicht unbedeutende und rücksichtlich ihres Eingangs unverkennbar für zweifelhaft betrachtete Forderung ihr eingehen werde, läßt sich andererseits kaum absehen, aus welchen Gründen die Absicht der Testirerin dahin gegangen sein könne, das fragliche Legat nur in dem Fall ausbezahlen zu lassen, wenn die erwähnte Schuld von dem Schuldner — dem Vater des Legatars — selbst zurückbezahlt werden würde.

Die hier angenommene Erklärung widerstreitet der Wortfassung des Testaments nicht, sie stimmt im Gegentheile mit derselben vollkommen überein, indem die aus dem Nachlasse des Schuldners getilgte Schuld in der That als von dem Schuldner geschehen betrachtet werden muß.

Dazu kommt, daß bei der Interpretation von Testamenten die Regel gilt, vorhandene Dispositionen möglichst aufrecht zu erhalten.

Dazu kommt ferner, daß die Widerbeklagten überall nicht im Stande gewesen sind, eine entgegenstehende Absicht der Testirerin darzulegen und wahrscheinlich zu machen. Zwar behaupten die-

ſelben, in dem Umſtande, daß die Teſtirerin in der Teſtamentsbeilage vom 26. Juni 1845, nach Eingang der oftерwähnten Forderung, dem Franz Zilcher ein Legat von fl. 500 unbedingt verſchafft habe, liege das Wiedereinziehen des vordern bedingten Legates, liege die entgegenſtehende Interpretation der Bedingung ausgeſprochen.

Es kann jedoch hierin den Widerbeklagten umſoweniger beigeſtimmt werden, als die Teſtirerin in dem zuletzt erwähnten Teſtamentszettel des vorderen Legats gar nicht gedacht hat, während dieſelbe, wenn ſie dieſes Legat wieder aufheben wollte, gerade hier Gelegenheit und Veranlaſſung dazu hatte, als endlich dieſes zweite in dem von den Widerbeklagten ſelbſt angeführten Umſtande ſeine ausreichende Erklärung findet, daß die Teſtirerin die dem fraglichen Legatar in ihrem Teſtament außer der Summe von fl. 500 verſchaffte Mobiliarſchaft inzwiſchen hatte verkaufen laſſen.

Daß übrigens mit dieſem Verkaufe der Anſpruch des Legatars an die verſchafften Mobilien hinweggefallen iſt, iſt nicht zu beſtreiten; daß aber mit dieſem Verkauf auch das Geldlegat als widerrufen zu betrachten ſei, wie die Widerbeklagten behaupten, kann nicht zugeſtanden, von einer beſondern Widerlegung dieſer gewagten Behauptung aber billig Umgang genommen werden.

Die Widerbeklagten haben endlich der fraglichen Legatenforderung die Einrede der Zahlung entgegengeſetzt, dieſe Einrede jedoch lediglich aus dem Inhalte der Urkunde [12] hergeleitet. In dieſer Urkunde iſt eine Zahlung des Legats vom 14. Mai 1841 nicht beſcheinigt, auch ein Verzicht auf daſſelbe nicht ausgeſprochen, vielmehr der weitere Anſpruch ausreichend gewahrt, weßhalb die vermeintliche Einrede der Zahlung völlig auf ſich beruhen kann.

Dieſemnach wird das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 4. October 1852, ſo weit daſſelbe sub I. die Widerklage abweiſt, wieder aufgehoben und abändernd zu Recht erkannt:

1) Der Anſpruch des Legatars Franz Zilcher an die demſelben in dem Teſtamente der Anna Maria Wetzel vom 14. Mai 1841 verſchafften fl. 500 iſt rechtlich begründet, würde daher

2) der Widerkläger innerhalb einer von dem Stadtgerichte zu bestimmenden Frist und zwar in anderer Weise, als durch die Urkunde [13] dieses Gerichts, als procurator in rem suam des Franz Zilcher rücksichtlich des unter 1 erwähnten Legats sich ausweisen — so hat hiernach das Stadtgericht der Sache und der Kosten wegen zu erkennen was Rechtens.

II. Die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens werden verglichen und sind die vordern Acten zurückzusenden.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. November 1854.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst die Erkenntnisse des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. Februar 1853, wie hiemit geschieht, zwar im Übrigen zu bestätigen, soviel die Vorklage und den zweiten Widerklageposten anlangt, jedoch dahin abzuändern seien, daß

1) der den Klägern unter III. des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 4. October 1852 auferlegte Beweis wegfalle, dagegen vom Beklagten innerhalb einer vom Stadtgerichte zu bestimmenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun sei:

„daß er bei Ausstellung des Schuldscheines [2] der Stadtgerichts-Acten der Mitklägerin ein Darlehen von fl. 574. 37¼ kr., oder wie viel weniger, nicht schuldig gewesen sei;“

2) die unter II. des genannten Stadtgerichts-Erkenntnisses ausgesprochene Verurtheilung der Kläger und Widerbeklagten zur Zahlung von fl. 15 nebst Zinsen wieder aufzuheben und das Erkenntniß über diesen Widerklageposten bis zur endlichen Entscheidung der Vorklage auszusetzen sei;

und wird die Sache nunmehr unter Vergleichung der Kosten der gegenwärtigen Instanz, so weit nicht besonders darüber erkannt ist, an das Stadtgericht zum weitern Verfahren zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Vorklage stützt sich lediglich auf den vom Beklagten anerkannten Schuldschein in [2] der Stadtgerichts-Acten.

Dieser enthält ein Bekenntniß über eine zur Zeit der Ausstellung desselben bereits bestehende Schuld. Das ergibt sich daraus, daß, obgleich der Schein erst vom 21. Juli 1846 datirt ist, darin doch die Verzinsung der schuldigen Summe fl. 576. 37½ kr. schon vom 23. März 1845 an versprochen wird. Wenn nun der Beklagte in diesem Schein weiter bekennt, der Mitklägerin die genannte Summe „als Darlehen schuldig zu sein," so kann dieß — da eine auf Novation gerichtete Absicht überall nicht zu vermuthen steht — nur dahin verstanden werden, daß er zugleich ein Darlehen als den Schuldgrund einer von ihm eingestandenen Verbindlichkeit anerkennt. So hat auch Beklagter selbst den Inhalt des fraglichen Scheins aufgefaßt, indem er in seiner Erklärung auf denselben, der Mitklägerin den genannten Betrag damals Darlehnsweise schuldig gewesen zu sein, geleugnet und vielmehr behauptet hat, der Schein sei indebite ausgestellt worden. Bei diesem Sachverhalte waren

A. die Kläger weder mit dem durch Stadtgerichts-Erkenntniß vom 4. October 1852 ihnen auferlegten, noch mit einem sonstigen Beweise zu belasten. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß das, in dem gedachten Schein zu findende Bekenntniß des Beklagten, der Mitklägerin aus einem Darlehen die fragliche Summe schuldig geworden zu sein, den thatsächlichen Hergang, durch welchen die Darlehensschuld entstanden, vollkommen im Dunkeln läßt. Gleichwohl kann der Schein für ein instrumentum indiscretum im Sinne der L. 25. § 4. D. de probat. (22. 3.) und L. 13. Cod. de non numer. pecun. (4. 30.) nicht angesehen werden. Die Bezeichnung der Schuld als aus einem „Darlehen" stammend, beweist jedenfalls, daß bei Ausstellung und Übergabe des Scheins beide Theile ein auf statthaftem und ihnen zum Bewußtsein gekommenen Grunde beruhendes, specielles Schuldverhältniß, über dessen Existenz sie einverstanden waren, im Sinne gehabt, und, da Beklagter dieses Schuldverhältniß in dem

Schein anerkannt hat, kann ein Beweis in Beziehung auf daſſelbe von den Klägern nicht weiter gefordert werden. Auch wird an dieſem Ergebniſſe nicht etwa dadurch etwas geändert, daß Kläger im weiteren Verlaufe des Rechtsſtreites nähere Angaben über die Entſtehung der fraglichen Forderung gemacht, wonach dieſelbe, aus verſchiedenen, vom Vater der Mitklägerin dem Beklagten theils baar, theils mittelſt Hingabe einer Frankfurter Obligation gemachten Darlehen herrühren und durch Erbgang auf die Mitklägerin gekommen ſein ſoll. Denn auch nach dieſen Angaben bleibt der fraglichen Schuld der Charakter eines Darlehens, dieſelben treten alſo mit dem Inhalte des Scheines durchaus nicht in Widerſpruch und können dieſen ſomit auch der, ihm an ſich innewohnenden Kraft, die Kläger von der Beweislaſt zu befreien, nicht berauben. — Dagegen mußte

B. dem Beklagten auf ſein eben erwähntes Vorbringen hin annoch, wie geſchehen, der Beweis des indebitum nachgelaſſen werden. Zwar haben Kläger

1) vor Allem das Verlangen geſtellt, daß mit Beiſeiteſetzung einer jeden Beweisauflage alsbald eine Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte ausgeſprochen werde. Allein dieſes Verlangen wird durch die dafür geltend gemachten Gründe nicht gerechtfertigt. Denn

a) das Geſetz vom 5. December 1829 Nr. I., auf welches Kläger ſich beziehen, findet auf Schuldſcheine, die, wie der vorliegende, die Anerkennung einer bereits beſtehenden Schuld enthalten, gar keine Anwendung, ſondern betrifft lediglich den Fall, wo, in Erwartung einer erſt noch zu empfangenden Zahlung ein Schein ausgeſtellt iſt. Daſſelbe läßt übrigens im § 2 den Ausſteller eines ſolchen Scheines zu dem Beweiſe zu, daß er, ſeines in der Urkunde enthaltenen Geſtändniſſes ungeachtet, dennoch keine Zahlung erhalten habe, und man kann daher in keinem Falle daraus einen Grund gegen die obige Beweisnachlaſſung entnehmen. Wenn Kläger ſodann

b) glauben, eine Verurtheilung des Beklagten könne deßhalb ſchon jetzt eintreten, weil derſelbe die in Rede ſtehende Schuld, ſowohl vor als nach Ausſtellung des mehrerwähnten Scheines, viel-

fach anerkannt habe, so ist dagegen zu bemerken, daß von dem Beklagten ein jedes derartige Anerkenntniß geleugnet worden ist. Nun haben freilich Kläger in voriger und gegenwärtiger Instanz Urkunden beigebracht, mittelst deren sie die behauptete Anerkennung zu beweisen beabsichtigen. Allein — abgesehen davon, ob es überhaupt für statthaft gehalten werden kann, ein in erster Instanz zu eröffnendes Beweisverfahren durch eine, mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zu beseitigen, — so würden jedenfalls nur die schon dem Appellationsgerichte vorgelegten Urkunden, und diese nur dann die Nachlassung eines Beweises für den Beklagten abzuschneiden vermögen, wenn mittelst derselben ein vollkommener Gegenbeweis bereits in so klarer und unwiderlegbarer Weise geliefert wäre, daß von einer Beweisführung des Beklagten unmöglich noch ein günstiger Erfolg erwartet werden könnte. Von dieser Beschaffenheit aber sind — wie sich auf den ersten Blick ergibt — die fraglichen Urkunden nicht, und es mußte daher angemessen erscheinen, in Beurtheilung der Beweiskraft derselben dem Gerichte erster Instanz nicht vorzugreifen. Was die in gegenwärtiger Instanz zuerst vorgelegte Urkunde betrifft, so hätte ohnehin, die Erheblichkeit ihres Inhaltes vorausgesetzt, nach § 132 der Ober-Appellationsgerichtsordnung über deren Einfluß auf die Sache dahier nicht erkannt werden können, sondern die weitere Instruction und Entscheidung der ersten Instanz überlassen werden müssen, und lag nirgends ein Grund vor, diese Urkunde zum Gegenstand eines besonderen, beim Stadtgericht einzuleitenden Verfahrens zu machen, kann vielmehr den Klägern überlassen werden, derselben indem zu eröffnenden Beweisverfahren zum Zwecke des Gegenbeweises sich zu bedienen.

Eventuell haben Kläger

2) beantragt, daß die Verurtheilung des Beklagten nur noch von einem ihrerseits zu leistenden Erfüllungseide abhängig gemacht werde. Dieser Antrag erledigt sich indessen nach Lage der Sache schon dadurch, daß von den Klägern überhaupt ein Beweis nicht mehr gefordert wird, zu dessen Ergänzung jener Eid dienen könnte. Übrigens setzt die Auflage eines Erfüllungseides, nach heutigem

Prozeßrechte, durchaus die Eröffnung einer ordentlichen Beweisinstanz voraus.

Wenn

3) weiter eventuell die Kläger gefordert haben, daß dem Beklagten wenigstens neben dem Beweise der Nichtschuld auch noch der eines bei Unterzeichnung des fraglichen Schuldscheines begangenen Irrthums oder einer sonstigen Erklärung seiner Unterzeichnung auferlegt werde, so ist es zwar richtig, daß die exceptio indebiti dann unstatthaft sein würde, wenn Beklagter den Schein nicht aus Irrthum, sondern in dem Bewußtsein, daß er die darin anerkannte Schuld nicht schuldig sei, ausgestellt haben sollte. Allein ein besonderer Beweis dieses Irrthums ist nicht erforderlich, indem derselbe vielmehr schon in dem Beweise des indebitum vorhanden ist und indirect durch diesen zugleich mitgeführt wird, wie dieß das Ober-Appellationsgericht in einer früheren Sache bereits ausgesprochen und weiter ausgeführt hat.

Hümmer ca. Schott. 1844. *)

Endlich gehört hieher auch noch

4) die von den Klägern über die Verwerfung ihrer in voriger Instanz gestellten Editionsanträge geführte Beschwerde. Soll jedoch mit dieser Beschwerde

a) das erlangt werden, daß mit einstweiliger Aussetzung eines Erkenntnisses auf Beweis zunächst der Beklagte zur Edition angehalten und aus den von ihm vorzulegenden Urkunden ermessen werde, ob noch eine Beweisführung erforderlich beziehungsweise zuläßig sei, so steht dem entgegen, daß es gegen alle prozessualischen Grundsätze sein würde, die Eröffnung eines Beweisverfahrens zu dem Zweck auszusetzen, um einen Punkt, der recht eigentlich in dasselbe gehört, durch ein besonderes Verfahren vorher zu erledigen. Ist es dagegen

b) die Meinung jener Beschwerde, daß neben der, nach Lage der Sache gebotenen Einleitung eines Beweisverfahrens, vom

---

*) Siehe unten Seite 395.

Appellationsgericht über das Materielle der Editionsanträge hätte erkannt werden sollen, so erscheint auch dieß unbegründet. Es war vielmehr den hier allein entscheidenden Grundsätzen prozessualischer Zweckmäßigkeit durchaus entsprechend, daß dieser zum Beweisverfahren gehörige Incidentpunkt an das Stadtgericht, bei dem jenes Verfahren zu eröffnen ist, verwiesen wurde.

II. In Betreff des ersten Widerklagepostens war das angefochtene Erkenntniß lediglich zu bestätigen. Soviel nämlich

A. die Sachlegitimation des Widerklägers anlangt, so ist eine Cession der in Rede stehenden Legatenforderung Seitens des Franz Zilcher an den Widerkläger von diesem mit genügender Bestimmtheit behauptet worden, um beim Leugnen der Widerbeklagten, wie vom Appellationsgerichte geschehen, zu Beweis verstellt werden zu können. Wenn Widerbeklagte

1) glauben, es habe zu dieser Beweisauflage deßhalb nicht kommen dürfen, weil durch die in [13] der Appellationsgerichts-Acten vorgelegte Urkunde bereits erwiesen vorliege, daß eine Cession nicht Statt gefunden, so ist dieß unbegründet. Diese Urkunde ist nicht etwa von dem Widerkläger als derjenige Act, der die fragliche Cession enthalte, beigebracht worden, sondern vielmehr von den Widerbeklagten, und Widerkläger hat in seiner Erklärung darauf zwar zunächst behauptet, es gehe daraus seine Sachlegitimation hervor, daneben aber ausdrücklich bemerkt, seine Beweismittel für die Cession beschränkten sich keineswegs auf diesen Notariatsact. Wenn es daher gleich rechtskräftig feststeht, daß durch diese Urkunde die Cession nicht bewiesen wird, so kann es doch darum dem Widerkläger nicht benommen werden, deren Beweis annoch in anderer Art zu liefern.

2) Die Berufung auf Art. 1341 des Code civil ist ganz unzutreffend; denn die Cession muß keineswegs nothwendig ein mit dem fraglichen Notariatsact in Zusammenhang stehendes Rechtsgeschäft sein und deßhalb unter die Herrschaft des am Orte der Errichtung dieses letzteren geltenden Rechts fallen. — Daß endlich

3) Widerkläger nicht alsbald ein Cessionsinstrument vorgelegt, kann ihm nichts schaden, weil nach richtigen Prozeßgrundsätzen die

Activ-Legitimation nur einen Theil des Klaggrundes bildet, und daher eine ſofortige Liquidſtellung derſelben nicht erforderlich iſt, deren Beweis vielmehr bis zu einer deßfallſigen richterlichen Auflage beanſtandet werden kann. Anlangend ſodann

B. den widerklagend erfolgten Anſpruch ſelbſt, ſo iſt es unbeſtritten, daß die Widerbeklagten als Erben der Anna Maria Wetzel dem Franz Zilcher als Legatar aus dem Teſtamentszettel vom 26. Juni 1845 fl. 500 ſchuldig geworden ſind. Es fragt ſich nur, ob Franz Zilcher daneben noch eine weitere Forderung von fl. 500 gegen die Widerbeklagten aus dem im Teſtamente vom 14. Mai 1841 enthaltenen Legate erworben habe. Widerbeklagte beſtreiten dieß

1) deßhalb, weil die Bedingung unter der die Anna Maria Wetzel dieſes Legat ausgeſetzt: „Wenn — — — Wolfgang Philipp Zilcher die mir ſchuldigen fl. 3300 zurückbezahlt haben wird," vereitelt worden ſei. — In dieſer Beziehung ſteht durch Einverſtändniß der Parteien feſt, daß Wolfgang Philipp Zilcher geſtorben iſt, ohne die fragliche Schuld zurückbezahlt zu haben, daß dieſelbe jedoch aus ſeinem Nachlaß und von ſeinen Erben an die Anna Maria Wetzel berichtigt worden iſt. Hierin muß aber eine Erfüllung der gedachten Bedingung gefunden werden. Bleibt man nämlich

a) bei dem ſtehen, was aus der Dispoſition ſelbſt in Betreff der Willensmeinung der Erblaſſerin ſich ergibt, ſo erſcheint es allerdings unzweifelhaft, daß die Schuld bei Lebzeiten dieſer Letzteren gezahlt ſein muß, wenn die Bedingung als erfüllt ſoll angeſehen werden. Dagegen hat man keinen Grund, anzunehmen, die Erblaſſerin habe darauf Gewicht gelegt, daß die Zahlung durch Wolfgang Philipp Zilcher ſelbſt oder wenigſtens bei deſſen Leben erfolge. Bei Geldſchulden kommt es bekanntlich auf die Perſon des Zahlenden ſo wenig an, daß ein Dritter ſogar ohne Wiſſen und Willen des Schuldners die Obligation tilgen kann. Und während es ſich allerdings erklären ließe, wenn die Erblaſſerin einen beſtimmten Zahlungstermin geſetzt, nach deſſen fruchtloſem Ablauf die Bedingung für vereitelt gelten ſolle, ſo läßt ſich doch durchaus nicht erſehen, welches

Intereſſe ſie darin geſetzt haben ſollte, daß die Zahlung gerade vor und nicht nach dem der Zeit nach ganz ungewiſſen Todestage des Schuldners erfolge. Allerdings geht aus der Wortfaſſung der Bedingung hervor, daß dabei zunächſt an Zahlung durch Wolfgang Philipp Zilcher ſelbſt gedacht worden. Indeß ſteht dieß mit der Annahme, daß, nach dem Willen der Erblaſſerin, auch eine von deſſen Erben bewirkte Zahlung für Erfüllung der Bedingung gelten müſſe, um ſo weniger in Widerſpruch, als es ſich bei Zahlungen nur um die vermögensrechtliche Perſönlichkeit handelt, die in den Erben fortdauert. — Es ſind nun freilich von den Widerbeklagten

b) noch einige beſondere Gründe geltend gemacht worden für die von ihnen behauptete Abſicht der Erblaſſerin, daß nur Zahlung durch Wolfgang Philipp Zilcher ſelbſt als Erfüllung der Bedingung gelten ſolle. Allein dieſe Gründe genügen überall nicht, um auf das Vorhandenſein einer ſolchen Abſicht einen ſichern Schluß ziehen zu können. Wenn nämlich

α) darauf Bezug genommen wird, daß die Erblaſſerin, welche die ungeordneten Vermögensverhältniſſe des Wolfgang Philipp Zilcher gekannt, denſelben habe ſchonen und die Rückzahlung der fraglichen Schuld nicht anders haben wollen, als wenn er ſie freiwillig leiſte, ſo würde dieſe wohlwollende Abſicht ja nur um ſo mehr erreicht ſein, wenn Wolfgang Philipp Zilcher gar nicht, ſondern erſt ſeine Erben für ihn die Zahlung leiſteten.

β) die Behauptung, die Erblaſſerin habe das Legat vom 26. Juni 1845 nur deßhalb errichtet, weil ſie die Bedingung des früheren Legats für vereitelt angeſehen, könnte nur dann in rechtlichen Betracht gezogen werden, wenn beſondere Umſtände dargelegt worden wären, woraus entnommen werden könnte, daß der angegebene Beweggrund wirklich bei der Erblaſſerin vorhanden geweſen. Was endlich

γ) die Anſicht der Widerbeklagten anlangt, daß die Erblaſſerin die frühere Verfügung als ungültig betrachtet, zeige ſich daraus, daß ſie die darin vermachten Mobilien veräußert, dieſer Veräußerung aber in dem ſpäter errichteten Teſtamentszettel keine Erwähnung gethan habe, ſo laſſen ſich ſowohl für die Veräußerung der

Mobilien als für deren Nichterwähnung im Codicill, ſo viele und verſchiedenartige Gründe denken, daß die Annahme, jenes Verfahren der Erblaſſerin beruhe gerade auf dem hier unterſtellten Motive, einer jeden ſicheren Grundlage entbehrt. Die Widerbeklagten ſtützen ſodann ihre Anſicht, daß Franz Zilcher das im Teſtamente vom 14. Mai 1841 ihm ausgeſetzte Legat von fl. 500 nicht erworben habe,

2) darauf, daß dieſes Legat von der Erblaſſerin wieder aufgehoben worden ſei. Dieß ſoll geſchehen ſein

a) durch den ſpäteren Verkauf der mitvermachten Mobilien. Allein wenn gleich hierin im Zweifel allerdings eine Aufhebung des Vermächtniſſes dieſer Mobilien gefunden werden muß:

L. 15. L. 18. D. de adim. leg. (34. 4.)

ſo erſtreckt ſich dieſelbe doch keinenfalls auf das, ſeinem Gegenſtande nach davon ganz verſchiedene Legat der fl. 500.

arg. § 17. J. de legat. (2. 20.)

L. 1. D. de instrum. leg. (33. 7.)

b) durch die Errichtung des Teſtamentszettels vom 26. Juni 1846. In der Ausſetzung eines neuen Legats für eine Perſon, die bereits mit einem Legate bedacht iſt, iſt jedoch an und für ſich durchaus nicht die Ademtion dieſes früheren Legats zu finden. Im Zweifel muß man vielmehr annehmen, daß beide Legate neben einander beſtehen ſollen. Vorliegend aber fehlt es an jedem Grunde, um einen entgegenſtehenden Willen der Erblaſſerin unterſtellen zu können. Vielmehr weiſen

α) die Eingangsworte der Verfügung vom 26. Juni 1845:

„In Art. 3 meines Teſtaments habe ich mir vorbehalten, Teſtamentszettel errichten zu dürfen, und beſtimme und vermache ich daher“ ꝛc.

darauf hin, daß das nunmehr folgende Legat gerade ſo angeſehen werden ſolle, als ob es bereits im Teſtament, alſo neben dem in dieſem ausgeſetzten Legate ſtände.

β) Die Übereinſtimmung der in beiden Legaten ausgeſetzten Geldſumme rechtfertigt noch keineswegs die Annahme, daß es ſich hier nur darum gehandelt, an die Stelle des früheren bedingten nunmehr ein unbedingtes Vermächtniß zu ſetzen.

γ) Daß die Erblasserin in der späteren Verfügung der früheren durchaus nicht Erwähnung gethan, läßt viel eher darauf schließen, daß beide Legate neben einander bestehen sollten, als darauf, daß durch das spätere das frühere aufgehoben werden sollte. — Wenn endlich noch

δ) die Widerbeklagten aus den persönlichen Beziehungen, in denen die Erblasserin einerseits zu ihnen und andererseits zu Franz Zilcher gestanden, folgern wollen, daß dieselbe unmöglich die Absicht gehabt haben könne, den Letzteren auf ihre, der Widerbeklagten, Kosten zu begünstigen, so erledigt sich dieses Argument dadurch, daß gar nicht ersehen werden kann, ob Franz Zilcher durch die neue Disposition mehr erhalten, als von dem früheren Legate durch den inzwischen vorgenommenen Verkauf der Mobilien abgegangen; die Disposition vom 26. Juni 1845 auch jedenfalls aus einer, dem Franz Zilcher wohlwollenden Gesinnung der Erblasserin hervorgegangen ist, in den von dem Widerbeklagten berührten Umständen aber überall kein Anhaltspunkt zu finden ist, nach dem das Maaß dieses Wohlwollens bestimmt werden könnte.

III. Soviel den zweiten Widerklageposten anlangt, steht es durch Eingeständniß der Kläger und Widerbeklagten fest, daß sie dem Beklagten und Widerkläger den Betrag von fl. 15 für Stallmiethe vom 1. Juni 1851 bis dahin 1852 schuldig geworden. Es handelt sich nur darum, ob, in Folge dieses Geständnisses, jetzt schon eine Verurtheilung zur Zahlung jenes Betrages sammt Prozeßzinsen (sei es auch gegen cautio de eventualiter restituendo) ausgesprochen werden konnte. Dieß aber muß, nach Lage der Sache, verneint werden. Beklagter und Widerkläger hat die Forderung von fl. 15 ebenso, wie die von fl. 1000 (jetzt noch 500), „reconveniendo, eventuell compensando," geltend gemacht. Hierin liegt: Wenn die Vorklage, dem dazu gestellten Antrage des Beklagten und Widerklägers gemäß, abgewiesen wird, so soll zugleich Verurtheilung der Kläger und Widerbeklagten zu obigen Forderungen eintreten; wenn dagegen die Vorklage an sich zu einer Verurtheilung des Beklagten und Widerklägers geeignet befunden werden sollte, so sollen jene Forderungen zur Compensation kommen. Ob, nach dem Willen des Beklagten und Widerklägers, Verurtheilung

oder Compenſation einzutreten hat, entſcheidet ſich alſo überhaupt nicht eher, als bis über die Vorklage endlich erkannt werden kann. Bis zu dieſem Zeitpunkte mußte folglich das Erkenntniß über den in Rede ſtehenden Widerklageposten ausgeſetzt werden, und dieß um ſo mehr, als, im Falle einer Verurtheilung der Kläger und Widerbeklagten, die Prozeßzinſen zu der von ihnen zu zahlenden Summe hinzukommen, im Falle der Compenſation dagegen dergleichen Zinſen nicht mit zu berechnen ſind, indem bei Eröffnung des Prozeſſes die Forderung von fl. 15 bereits durch die ihr gegenüberſtehende größere Forderung der Kläger und Widerbeklagten getilgt geweſen ſein würde.

IV. Über die Koſten erſter Inſtanz ſtand dermalen noch nicht zu erkennen. In Betreff der Koſten voriger Inſtanz fehlt es an einem Grunde, von den in den angefochtenen Erkenntniſſen enthaltenen Ausſprüchen dahier wieder abzugehen. Die Koſten gegenwärtiger Inſtanz endlich waren, da Kläger in weſentlichen Pmkten mit ihren Beſchwerden durchgedrungen ſind, zu vergleichen.

Auszug aus den S. 389 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen

Hümmer ca. Schott. 1844.

Für die ſofortige Abweiſung der Klage ſind theils vom Beklagten, theils vom Stadtgerichte folgende Gründe geltend gemacht worden:

1) — — — — — — — — — —

2) der Kläger habe in dieſem Reverſe, ſo wie in dem § 7 des Contracts beſtimmt erklärt und anerkannt, daß das Honorar des Beklagten von dem Kläger allein zu tragen ſei, er dürfe alſo nicht, dieſen ſeinen eigenen Erklärungen und Anerkennungen zuwider, zu dem Beweiſe des direkten Gegentheiles zugelaſſen werden.

3) Es ſei nach dem Inhalte der Acten klar, daß ſich der Kläger bei der Ausſtellung des gedachten Reverſes überall nicht in einem Irrthume befunden habe; jedenfalls aber

4) daß dieſer Irrthum kein entſchuldbarer geweſen ſein würde.

Allein

— — — — — — —

Der fernere Einwand des Beklagten unter 2. iſt höchſt frivol, da der gedachte Fall, daß eine beſtimmte causa debendi in einer ſchriftlichen Urkunde als wahr und richtig anerkannt war, der bei einer cautio discreta immer eintritt, und dennoch hier dem Ausſteller eine condictio indebiti und die Beweisführung, daß eine ſolche Schuld nicht exiſtire, in den Geſetzen ausdrücklich geſtattet wird.

L. 25. §. 4. D. de probat.
L. 13. C. de non num. pecun.
C. 14. X. de fide instrum.

So viel hienächſt den Grund unter 3. anbetrifft, ſo iſt es freilich richtig, daß die von dem Kläger angeſtellte condictio indebiti unſtatthaft ſein würde, wenn er den fraglichen Revers nicht aus Irrthum, ſondern in dem Bewußtſeine, daß die darin anerkannte Schuld ein indebitum ſei, ausgeſtellt hätte, in welcher Hinſicht zwiſchen einer geleiſteten Zahlung und einem ausgeſtellten Schuldſcheine kein Unterſchied iſt,

L. 24. D. de condict. indeb.
L. 1. pr. D. ut in possession legat.
L. 12. D. de novat.

und es läßt ſich auch nicht verkennen, daß es aus mehreren Gründen unwahrſcheinlich iſt, daß der Kläger damals in Anſehung des Umſtandes, ob das Honorar des Beklagten von dem Kläger allein, oder von ſämmtlichen Actien verhältnißmäßig zu tragen ſei, in einem Irrthume geweſen ſein ſollte, — — —

Anlangend endlich den Grund unter 4., ſo iſt es zwar eine bekannte Streitfrage, ob eine condictio indebiti in dem Fall einer geleiſteten Zahlung, auch wegen eines error juris ſtattfinde; aber bei einem error facti kommt es auch in dieſem Fall auf Entſchuldbarkeit des Irrthums nicht an. Denn eine ſolche Beſchränkung wäre theils dem Weſen jener Klage zuwider, deren eigentlicher Grund das allgemeine Prinzip iſt, daß Niemand Etwas behalten ſoll, was er sine causa beſitzt,

L. 66. D. de condict. indeb.

L. 1. pr. D. de condict. sine causa,

und wobei das Erforderniß des Irrthums nur in der Beziehung und in dem Gegenſatze vorkommt, daß das indebitum nicht wiſſentlich gezahlt oder verſprochen ſein dürfte,

L. 1. §. 1. D. de condict. indeb.

L. 1. pr. D. ut in possess. legat.

theils wird die condictio indebiti in den Geſetzen, durchgängig auch wegen eines Irrthums über die eigenen Verhältniſſe des Irrenden, namentlich über den Inhalt von Verträgen geſtattet, die er ſelbſt abgeſchloſſen hat, ohne daß dabei beſondere entſchuldigende Umſtände erwähnt worden,

L. 19. §. 6. D. locati.

L. 22. pr. L. 32. § 1. 3. L. 40. § 2. L. 48. D. de cond. indeb.

theils werden

L. 25. § 1. D. de probat.

ſorgloſe und nachläſſige Perſonen

— „et desidiae deditus" —

nicht nur zu der condictio indebiti zugelaſſen, ſondern auch in Anſehung der Beweislaſt begünſtigt, weßhalb denn die in derſelben Stelle im Principe vorkommenden Worte:

„vel aliquam justam ignorantiae causam"

nicht von einem Grunde, der den Irrthum entſchuldbar, ſondern von einem Grunde zu verſtehen ſind, der denſelben glaublich, erklärbar macht, wie dieß auch deutlich der Zuſammenhang zeigt. Namentlich aber kann in dem hier vorliegenden Falle, wenn ein Schuldſchein als indebite ausgeſtellt condicirt wird, eine Entſchuldbarkeit des Irrthums nicht als Erforderniß der Klage betrachtet werden, weil alsdann die Letztere auch wegen eines error *juris* ſtattfindet.

L. 1. pr. D. ut in possess legator.

L. 16. § 2. D. de minorib.

Donelli commentar. lib. 1. cap. 21. § 18.

— — — — — —

Der Beklagte hat in Beziehung auf die feſtzuſetzenden Beweiſe zwei Anträge geſtellt:

1) dem Kläger außer dem Beweiſe des indebitum, auch noch den Beweis aufzuerlegen, daß ſich derſelbe bei der Unterzeichnung des Reverſes, in einem entſchuldbaren Irrthum befunden, —

2) — — — — — —

Von dieſen beiden Anträgen erſcheint der erſte als unbegründet. Daß es nämlich auf Entſchuldbarkeit des Irrthums nicht ankomme, iſt ſchon oben ausgeführt. — So viel aber den Irrthum ſelbſt betrifft, ſo ſind zwar die Anſichten der Rechtslehrer über den Beweis deſſelben bei der condictio indebiti verſchieden,

S. Glück Erläuter. d. Pand. Th. 13. S. 120 und not. 49.

allein als die richtige Meinung iſt hier diejenige zu betrachten, daß in der Regel ein beſonderer Beweis über den Irrthum nicht erforderlich, vielmehr derſelbe ſchon in dem Beweiſe des indebitum mit enthalten ſei, und indirekt zugleich durch dieſen geführt werde. Denn dafür ſprechen theils die Natur der Sache, indem, wenn man neben dem Beweiſe des indebitum auch noch einen Beweis über den Irrthum verlangen wollte, dieß in der That auf den Beweis hinauslaufen würde, daß keine Simulation oder Schenkung Statt gefunden habe, theils das praktiſche Bedürfniß, weil ein derartiger Beweis äußerſt ſchwierig und häufig unmöglich wäre, theils mehrere Geſetzſtellen

L. 25. § 3. 4. D. de probation.
L. 1. C. de condict. indeb.
L. 13. C. de non num. pecun.
c. 14. X. de fide instrumentor.

und für dieſe Meinung hat ſich denn auch die Mehrheit der Schriftſteller, bei denen ſich jene Frage erörtert findet, entſchieden.

Sichard commentar. Codic. ad Leg. 1. citat.
Carpzov jurisprudent. forens. P. 2. constit. 25. def. 21.
Stryk notae ad Lauterbach in Mollenbeck thesaurus p. 503. not. 72.
Meier colleg. Argentorat. Lib. 12. tit. 6. thes. 10.
Weber Verſuche über das Civilrecht. S. 329.
Günther princ. jur. Roman. tom 2. § 1114 in fin.
Kritz über Gerichtsgebrauch und Literatur des Röm. Privatrechts S. 378 bis 395.

38.

Dr. **Blum** und Dr. **Heſſenberg**, als Adminiſtratoren des Nachlaſſes der **Johanna Margaretha Mohr**, Liquidanten und Widerbeklagte, wider Dr. **Rumpf**, als Curator und Contradictor der **Johannette May**'ſchen Debitmaſſe, Liquidaten und Widerkläger, wegen Forderung und Gegenforderung.

Vorbemerkung.

Die Johanna Margaretha Mohr hatte bei ihrem Tode — 20. Auguſt 1841 — die nachfolgenden letztwilligen Verfügungen hinterlaſſen:

I. Ein Teſtament d. d. 16. Februar 1833.

— — — — — —

§ 2. Zu meinem Univerſalerben ernenne ich meinen Vetter, den hieſigen Bürger und Gaſtwirth Herrn Johann Mathias May und, falls mich dieſer nicht überleben ſollte, deſſen Ehefrau Johannette May geb. Mohr jedoch mit der Beſtimmung, daß dieſe meine Erben nur den Nutzgenuß an dieſem Vermögen haben ſollen, und daß daſſelbe nach ihrem beiderſeitigen Ableben auf ihre alsdann vorhandenen ehelichen Leibeserben überzugehen habe, welche letztere ich daher hiemit ihren Eltern ſubſtituirt haben will.

— — — — — —

§ 3. Damit nun meine künftige Hinterlaſſenſchaft wohl erhalten und dieſelbe dereinſt an die von mir ſubſtituirten May'ſchen Kinder ungeſchmälert gelange, verordne ich, daß meine an die alſo, wie oben geſchehen, von mir berufenen Univerſalerben fallende Hinterlaſſenſchaft unter Adminiſtration geſtellt, und von dieſer bis zum Tode der May'ſchen Eheleute, nachher aber inſolange verwaltet werden ſolle, bis die May'ſchen Kinder das fünf und zwanzigſte Lebensjahr erreicht haben; ꝛc.

— — — — — —

II. Einen Teſtamentszettel vom 4. April 1835.

Nachträglich zu meinem am 16. Februar 1833 errichteten Teſtamente, worin ich mir vorbehalten habe, an demſelben — —

I. habe ich zwar in dem § 2 meines Teſtaments den May'ſchen Eheleuten den Nutzgenuß des ihnen zugedachten, nach ihrem Tod auf ihre Kinder übergehenden Vermögens zugeſtanden, da jedoch Herr May bereits mit Tod abgegangen iſt, da ich will, daß die Revenüen dieſes von mir zu hinterlaſſenden Vermögens hauptſächlich zur Erziehung der May'ſchen Kinder verwendet werden ſollen, ſo finde ich mich bewogen zu beſtimmen, daß von den Zinſen des ganzen, dem May'ſchen Stamm anheimfallenden Capitals erhalten ſollen:

1) Die Frau May die jährliche Summe von fl. 500, in ausdrücklicher Vorausſetzung jedoch, daß dieſelbe das Ihrige zur Erziehung ihrer Kinder beitrage, hiezu namentlich ihre übrigen Revenüen, ſo weit es erforderlich ſein wird, verwende und ſich darüber mit der von mir angeordneten Adminiſtration verſtändige, welche letztere hierin nach billigem Ermeſſen verfahren wird;

2) alle übrigen Revenüen ſollen von den von mir ernannten Herren Curatoren lediglich und ausſchließlich zum Beſten und zur Erziehung der May'ſchen Kinder und des Balthaſar Schmitz verwendet werden, für welchen Letzteren ich ebenfalls zu ſorgen für meine Pflicht halte.

— — — — — —

III. Einen Teſtamentszettel vom 12. Januar 1839.

— — — — — —

4) In meinem am 4. April 1835 unterzeichneten Teſtamentszettel habe ich beſtimmt, daß die Frau May aus den Zinſen des dem May'ſchen Stamm anheimfallenden Erbtheils jährlich fl. 500 erhalten ſoll. Dieſe Beſtimmung will ich jedoch dahin ausgedehnt haben, daß meine Herren Teſtamentsexecutoren im Falle des größeren Bedürfniſſes meiner Nichte befugt ſein ſollen, dieſe Summe auch noch jährlich zu erhöhen, wogegen der Überſchuß der Zinſen ſicher angelegt und den Gläubigern der Frau May und ihres verſtorbenen Mannes nichts davon bezahlt werden ſoll.

Auf Grund der Verfügung unter I. wurde die Wittwe

Johannette May, geborene Mohr, am 16. Februar 1842 in den Nachlaß der verstorbenen Mohr immittirt und zugleich die in dem Testamente vorgesehene Administration angeordnet. Bei der weitern Ordnung des Nachlasses ergab sich, daß die Johannette May und ihr verstorbener Ehemann der Erblasserin ein auf dem ihnen gehörigen Gasthof „zum Weidenbusch und Pfuhlhof" haftendes Insatzcapital, sowie einen Kaufpreis von fl. 2382. 20 kr. für ihnen verkaufte Obligationen verschuldeten und außerdem der Erblasserin zwei Darlehensforderungen von fl. 2500 und fl. 1200 gegen die Wittwe May zustanden. Bezüglich der Insatzforderung waren die bestellten Administratoren und die Wittwe May übereingekommen, daß wegen der für den Eigenthumsantheil der Letzteren an dem Weidenbusch und Pfuhlhof eintretenden Confusion die genannte Erbin den ihr substituirten Erben eine neue Hypothek bestelle; bezüglich der weiteren Forderungen der Erblasserin wurde eine Übereinkunft nicht getroffen. Ferner hatte die Wittwe May auf die ihr zugesicherte Rente von fl. 500 unterm 18. November 1842 Verzicht geleistet. Demnächst wurde auch die bedungene neue Hypothek errichtet, allein schon im Jahr 1844 waren die Administratoren genöthigt, wegen der rückständigen Zinsen die Insatzklage zu erheben, in Folge dessen, nach Ablauf der auf den 17. Januar 1845 anberaumten Zahlungsfrist und nach fruchtlos versuchter Versteigerung des Unterpfandes, dasselbe der Mohr'schen Administration für Capital, Zinsen und Kosten, unter Vorbehalt der Rückstandsklage, am 22. Juni 1845, nachdem bereits über das Vermögen der Wittwe May Concurs erkannt war, an Zahlungsstatt zugeschlagen, die alsdann erhobene Rückstandsklage aber durch Erkenntniß vom 13. October 1845, da das Unterpfand höher als der Betrag der Insatzforderung taxirt worden war, verworfen wurde.

In dem über das Vermögen der Wittwe May ausgebrochenen Concurse wurde nun von der Mohr'schen Administration, außer den oben erwähnten Forderungen von fl. 2382. 20 kr., fl. 2500 und fl. 1200, auf Grund der Artikel 24 und 25 der Verordnung über die Ausklage der Hypotheken vom 8. Juli 1817 der Anspruch auf die von der Cridarin, resp. dem Nachlaßcurator vereinnahmten

Mieth- und Pachtgelder aus dem zugeſchlagenen Unterpfande für die Zeit von dem anberaumt geweſenen Zahlungstermine bis zum Tage des Zuſchlags erhoben, dagegen aber von dem Curator der Concursmaſſe eine Widerklage angeſtellt auf Auszahlung der Trebellianiſchen Quart, auf Auszahlung der der Cridarin ausgeſetzten Jahresrente und auf Schadloshaltung der Maſſe für gegen dieſelbe liquidirte Penſion- und Unterrichtskoſten der May'ſchen Kinder.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 5. Januar 1846.

A. Die von den Liquidanten angemeldeten Forderungen anbelangend, ſo erſcheint

I. der eventuelle Anſpruch aus der auf die Adjudication der Häuſer E. 222 und 231 bezüglichen Rückſtandsklage, durch das Erkenntniß vom 13. October 1845

„in Sachen Mohr, Johannette Margaretha, Nachlaß-Adminiſtration, Kläger, ca. May Wittwe, Johannette geborene Mohr, Beklagte de 1844,“

worin ſolche verworfen worden, beſeitigt.

II. Die weiteren Forderungen, und zwar die von fl. 2382. 20 kr. inſoweit die Gemeinſchuldnerin dafür verhaftet geweſen, nicht minder die von fl. 1200 und fl. 2500 ſind, nachdem die Gemeinſchuldnerin den Johannette Margaretha Mohr'ſchen Nachlaß als Teſtamentserbin erworben, jedenfalls durch Confuſion erloſchen, auch kann hieran der Umſtand, daß der Gemeinſchuldnerin ihre Kinder fideicommiſſoriſch ſubſtituirt worden ſind, nichts ändern.

B. In der Widerklage hatte der Maſſe-Curator und Contradictor

I. die trebellianiſche Quart des von der verſtorbenen Johannette Margaretha Mohr hinterlaſſenen, abzüglich der Legate und Paſſiven übrig gebliebenen und von den Widerbeklagten verwalteten Vermögens, in Anſpruch genommen. Da nun

1) das Recht, die trebellianiſche Quart abzuziehen, den Fiduciarerben geſetzlich zuſteht, auch

2) die Gemeinſchuldnerin dadurch, daß ſie die fragliche Erbſchaft, als inſtituirte Erbin beneficialiter angetreten, zugleich

das erwähnte Recht erworben hatte, ohne daß ein Vorbehalt bei der Erbschaftsantretung erforderlich gewesen wäre, ferner

3) der Verzicht, welchen die Gemeinschuldnerin am 18. November 1842 auf die ihr testamentarisch bestimmte und aus den Einkünften des Nachlasses von dessen Administratoren zu verabreichen gewesene jährliche Rente von fl. 500 zu Gunsten ihrer Kinder geleistet, unmöglich auf das Recht des Abzugs der Quart ausgedehnt werden kann, demnach solches

4) als zur Zeit des Ausbruchs des Concurses über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, derselben zugestanden und als einen Theil dieses Vermögens bildend, auf die Gläubiger übergegangen und von dem solche repräsentirenden Curator und Contradictor soweit thunlich geltend zu machen ist, aber

5) dermalen von einer Herausgabe der Quart noch nicht die Rede sein kann, weil in Gemäßheit des Johannette Margaretha Mohr'schen Testaments die Verabfolgung deren Vermögens an die Kinder der Gemeinschuldnerin als Fideicommißerben erst nach dem Tode der Mutter zu geschehen hat, und mithin

6) die von dem Widerkläger zugleich beantragte Ausmittelung des Betrags der Quart und die Erörterung darüber, was in solche einzurechnen, noch zur Zeit eben so wenig ausführbar als rechtlich zulässig ist; so muß der vorhererwähnte reconveniendo von dem Curator und Contradictor erhobene Anspruch als verfrüht verworfen werden, sowie dann auch

II. die weitere Forderung hinsichtlich der Rente von fl. 500 gänzlich hinwegzufallen hat, da die bereits erwähnte Verzichtleistungs-Urkunde zu einer Zeit ausgestellt worden war, wo die Gemeinschuldnerin frei über ihr Vermögen disponiren konnte und aus dieser Urkunde zugleich der Verzicht derselben auf die Rente überhaupt, also für die Vergangenheit sowohl wie für die Zukunft zu entnehmen ist.

III. In Ansehung des geforderten Ersatzes der von dem Lehrer Georg Hassel gegen die Debitmasse angemeldeten fl. 6102. 54 kr. ist zu berücksichtigen.

— — — — — —

Diesemnach wird zu Recht erkannt:

I. die Liquidanten werden mit ihren ſämmtlichen gegen die Maſſe angemeldeten Forderungen abgewieſen.

II. In der Widerklage wird

1) der Curator und Contradictor mit ſeiner hinſichtlich der, der Gemeinſchuldnerin von der verſtorbenen Johannette Margaretha Mohr verſchafften jährlichen Rente von fl. 500 aufgeſtellten Forderung definitiv abgewieſen, und

2) mit ſeinem Anſpruche hinſichtlich der trebellianiſchen Quart des Johannette Margaretha Mohr'ſchen Nachlaſſes ab- und auf den Zeitpunkt des einſtigen Ablebens der Gemeinſchuldnerin gewieſen.

— — — — — —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23 April 1847.

Auf Appellation der Liquidanten.

Erkannt nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten (Rechtsfacultät Göttingen):

„Es iſt bei dem Beſcheide des Stadtgerichts vom 5. Januar 1846 in aller Maaße nicht zu laſſen, vielmehr ſind die von der Liquidantin angemeldeten Forderungen von fl. 2382. 20 kr., fl. 1200 und fl. 2500 nicht überhaupt, ſondern nur als zur Zeit unbegründet zu verwerfen.

— — — — — —

Die in erſter Inſtanz durch die Liquidation und die Widerklage veranlaßten Koſten werden compenſirt. Im Übrigen bewendet es bei dem obengenannten Beſcheide.

Die Koſten der Appellations-Inſtanz fallen der Appellantin zu zwei Drittheilen, der Appellatin zu einem Drittheile zur Laſt, jedoch mit Ausnahme der durch die Actenverſendung entſtandenen Koſten, welche Appellantin allein zu tragen hat."

Auf weitere Appellation der Liquidanten wurde das angefochtene Erkenntniß durch **Urtheil des Ober-Appellations-gerichts** vom 20. November 1854 beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Appellanten verlangen

1) mittelſt der erſten Beſchwerde voriger und jetziger Inſtanz die Zuerkennung der von dem Gaſthof zum Weidenbuſch, ſowie von dem Gebäude zum Pfuhlhof genannt, nach dem 17. Januar 1845 und bis zum 12. Juni deſſelben Jahres fällig gewordenen Pacht- und Miethgelder.

Dieſe Forderung kann, was Appellanten in jetziger Inſtanz auszuführen verſucht haben, aus Artikel 24 des Geſetzes vom 8. Juli 1817 (über die Ausklage der Hypotheken- und Reſtkaufſchillingsbriefe) nicht abgeleitet werden. Denn es läßt ſich aus dem Umſtande, daß der Schuldner während der Verſteigerung gleichſam als deſſen Sequeſtor bezeichnet wird, ein Verluſt des Eigenthums abſeiten des Schuldners und deſſen Erwerb von Seiten des Gläubigers nicht entnehmen, indem eine ſolche Annahme eines Eigenthums den Artikel 24 mit Artikel 19 und 22 der Verordnung in Widerſpruch bringen würde. Sodann würde der Rechtsſatz, daß der Gläubiger während der Verſteigerung Eigenthümer des Pfandobjects werde, mit allgemeinen Rechtsgrundſätzen unvereinbar ſein. Endlich aber ergäbe ſich aus einem ſolchen Eigenthums-Übergang noch keineswegs ohne Weiteres eine Übertragung der von dem Schuldner abgeſchloſſenen Pacht- und Miethverträge. Anlangend ſodann die von Appellanten in gegenwärtiger und der früheren Inſtanzen verſuchte Herleitung des Anſpruchs aus Artikel 25 des gedachten Geſetzes, ſo wendete Appellat hiegegen ein

a) Artikel 25 könne in Beihalt von Artikel 24, wo Früchte den Pacht- oder Miethgelder entgegengeſetzt werden, nur von hängenden natürlichen Früchten verſtanden werden, da deren Beſichtigung für die Höhe der Gebote und ſomit indirekt für die prioritätsmäßige Befriedigung der auf das Gut verſicherten Gläubiger von Bedeutung ſei. Allein, abgeſehen davon, ob nicht durch die gebrauchten Ausdrücke „entſtandene“ und „reifgewordene“ Früchte gerade die civilen und natürlichen Früchte haben bezeichnet werden ſollen, ſo ſtehen beide, inſoweit nicht ihre verſchiedene

Natur Abweichungen nothwendig macht, unter gleichen Rechtsgrundsätzen: Artikel 25 enthält Normen über das endliche Recht der Inſatzgläubiger auf die Früchte, Artikel 24 Vorſchriften über deren Recht auf vorläufige Sicherſtellung, und die Natur beider Gattungen führt auf eine verſchiedene Behandlung nur in letzter, nicht aber in erſter Beziehung.

b) Artikel 25 ſei nicht von dem vorliegenden Fall, wo ein Heimſchlag des Pfandobjects an Zahlungsſtatt an den Inſatzgläubiger Statt gefunden habe, ſondern, wie die zweite Hälfte des Artikels ergebe, nur von dem Fall zu verſtehen, wenn der Erlös aus dem feilgebotenen Gut zur Befriedigung der Pfandgläubiger nicht ausreiche, indem dieſen alsdann ein ausſchließliches Recht auf die fraglichen Früchte zuerkannt ſei. Zwar läßt ſich dieſem Einwand nicht mit Appellanten dahin begegnen, ohne den Heimſchlag würde ein zur Befriedigung der Inſatzgläubiger unzureichendes Gebot erfolgt, und ſo der Fall, von welchem der Artikel handeln ſolle, eingetreten ſein; durch den Heimſchlag ſeien mithin die Rechte der früheren Inſatzgläubiger gewahrt, Appellanten mithin befugt, deren Recht auf die Früchte für ſich in Anſpruch zu nehmen, denn der Heimſchlag beruht auf Vorſchrift des Geſetzes und nicht auf dem Willen der Parteien, kann alſo von Appellanten als Grund für den von ihnen beabſichtigten Erwerb des Rechts auf die Früchte nicht geltend gemacht werden. Der Einwand ſelbſt iſt aber zu verwerfen, weil allgemeine geſetzliche Vorſchriften auf den Inhalt einer aus denſelben abgeleiteten Folgerung nur dann beſchränkt werden dürfen, wenn ſich beweiſen läßt, daß die Abſicht des Geſetzgebers nur hierauf gerichtet war. Dieſer Beweis liegt jedoch nicht mit völliger Gewißheit vor. Zwar iſt Artikel 25 wörtlich aus Artikel 403 der Prozeß-Ordnung für das Großherzogthum Frankfurt entnommen

Reg. Bl. Bd. 2. S. 293.

und dieſes hat wiederum ſeine Quelle in Artikel 689 (682 des Geſetzes vom 2. Juni 1841) Cod. proc. civ. Nach dem franzöſiſchen Texte „pour être distribués" kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Immobiliſirung der Früchte nur inſoweit, als es ſich um die Befriedigung der Pfandgläubiger

handelte und nur zu diesem Zwecke angenommen worden ist. Da indessen die deutsche Redaction von dem französischen Texte abweicht, so läßt sich aus der Fassung des Artikels nicht mit voller Sicherheit entnehmen, ob hierin eine zufällige oder eine absichtliche Abweichung enthalten ist. Jedenfalls aber steht der Auffassung der Appellanten,

c) der Umstand entgegen, daß, wenn man Artikel 25 nicht dahin, daß die Früchte nur dem gleichen Pfandnexus wie das Gut selbst unterworfen seien, sondern ganz allgemein zu verstehen, mithin die seit Ablauf der dem Schuldner gesetzten Zahlungsfrist bezogenen Früchte durchgängig als Theile des Guts, mithin als unbeweglich anzusehen hätte, jeder neue Erwerber, mithin auch der Käufer des Guts, gedachte Früchte in Anspruch zu nehmen, berechtigt sein würde. Diesem abnormen Rechtssatze wird man aber die Anerkennung so lange zu versagen haben, als die Möglichkeit einer anderen Erklärung vorhanden ist. Überdieß stände derselbe mit den Schlußworten des Artikels in Widerspruch, indem in solchen der Kaufpreis des Gutes selbst dem Erlös aus den Früchten offenbar entgegengesetzt ist, woraus sich ergibt, daß eine über das Erstere getroffene Disposition sich nicht von selbst auf die Letzteren erstreckt. Auch haben Appellanten in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich erklärt, daß sie in ihrer Eigenschaft als neue Erwerber der Grundstücke die fraglichen Früchte nie gefordert haben. Sie irren jedoch darin, wenn sie vermeinen, daß ein Käufer aus einer allein den Insatzprozeß betreffenden Verordnung keine Rechte für sich ableiten können. Denn das Gegentheil hievon versteht sich schon an sich von selbst, und wird auch durch den sonstigen Inhalt der Verordnung, namentlich Artikel 20 bestätigt. Verkauf aber und Heimschlag können nicht nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden, und die Verordnung a. a. O. wird nicht Vorschriften enthalten, welche auf Letzteren, nicht aber auf Ersteren anwendbar wären. Denn was von allen Käufern gilt, wird auch von denen gelten müssen, welche aus Insatzgläubigern durch Heimschlag Käufer geworden sind.

Es fragt sich daher nur, unter welchen Voraussetzungen von den Appellanten als Insatzgläubigern die fraglichen Früchte in

Anſpruch genommen werden können. Nach gemeinem Recht hat der Gläubiger die Befugniß ſich aus dem Pfandobject, und zwar jedenfalls mit Einfluß der ſeit der Litisconteſtation von ſolchem bezogenen civilen und natürlichen Früchte, zu befriedigen, auch im Laufe des Rechtsſtreits die zu ſeiner Sicherſtellung in Anſehung der Früchte erforderlichen Anträge zu ſtellen. Sein Recht auf dieſe Früchte iſt jedoch nach der Natur des Pfandrechts durch die Vorausſetzung bedingt, daß er aus dem Erlös oder im Fall einer Einweiſung in das Eigenthum aus dem taxirten Werth des Pfandobjects nicht befriedigt werde. Der Überſchuß gebührt in dem einen wie anderen Fall

l. 3. § 4 — 6. C. de jure domin. impetr.

dem Schuldner, welcher andererſeits perſönlich verpflichtet bleibt, wenn Kaufpreis oder Taxwerth des Pfandobjects zur Befriedigung der Forderung nebſt Acceſſionen nicht ausreichen. Hieran iſt in Frankfurt durch

Verordnung vom 8. Juli 1817, Artikel 22 und 23.

ſoviel geändert, daß beim Mangel eines das auf dem Unterpfand haftende Capital nebſt Zinſen und Koſten deckenden Gebots der Heimſchlag an Zahlungsſtatt an den Gläubiger für Capital ꝛc., alſo unter der Verpflichtung die vorſtehenden Pfandgläubiger zu befriedigen, jedoch unter Vorbehalt der Rückſtandsklage von Amtswegen ſtattfindet. Der Heimſchlag erfolgt nun offenbar in Gemäßheit des Feilgebots. Dieſes erſtreckt ſich auf die zur Zeit des Zuſchlags hängenden, nicht auf die während der Verſteigerung bezogenen Früchte. Auf letztere hat man folglich auch beim Heimſchlag kein Recht, wenn man ſich an der Rückſtandsklage verſäumt. Wird dieſelbe dagegen erhoben und liefert ein dem Kläger günſtiges Reſultat, ſo hat er deßhalb ein Recht auf die in Rede ſtehenden Früchte, unter Ausſchluß eines jeden anderen minder berechtigten Gläubigers: wenn ein ungünſtiges, wie in dem vorliegenden Fall, ſo kann von einem Recht auf die Früchte eben ſo wenig die Rede ſein, wie im Fall gänzlichen Schweigens. Denn ſobald die Forderung erloſchen iſt, für welche ein Pfandrecht beſtellt wurde, ceſſirt das Recht auf den Gegenſtand deſſelben, wie deſſen Acceſſionen. Wenn daher die Appellanten auf letztere in ihrer

Eigenſchaft als hypothekariſche Gläubiger, welchen das Unterpfand an Zahlungsſtatt heimgeſchlagen iſt, auch abgeſehen von den gedachten Vorausſetzungen, ein Recht in Anſpruch nehmen, ſo wäre dieſes nur zuläſſig auf Grund eines von allgemeinen Normen abweichenden beſonderen Rechtsſatzes. Ein ſolcher iſt aber in Artikel 24 und 25 nicht zu finden, indem ſich dieſelben dem gemeinen Rechte conform erklären laſſen. Der erſtere redet von der Sicherheit, welche der Inſatzgläubiger während der Verſteigerung in Anſehung der civilen wie natürlichen Früchte ſich verſchaffen darf; der letztere von dem endlichen Recht auf dieſelben. Als Anfangspunkt dieſes letzteren iſt der Ablauf des dem Schuldner anberaumten Zahlungstermins angenommen und es erſtreckt ſich auf die ſämmtlichen ſeitdem bezogenen, auf die entſtandenen wie reifgewordenen, die civilen wie die natürlichen Früchte als Acceſſionen des Guts, unter Ausſchluß Aller, welche nicht vorgehende Inſatzgläubiger ſind. Davon aber, daß das Recht auf die Früchte dem Inſatzgläubiger ſelbſt dann zuſtehe, wenn er durch Heimſchlag des Guts entweder ſtillſchweigend oder in Gemäßheit der bei der Rückſtandsklage aufgemachten Taxe mit ſeiner Forderung nebſt Acceſſionen abgefunden iſt, ſagt der Artikel überall nichts; es darf alſo eine derartige, von allgemeinen Grundſätzen abweichende Beſtimmung nicht ſubintelligirt werden, und war mithin die erſte Beſchwerde der Appellanten zu verwerfen.

Die Appellanten verlangen ſodann mittelſt ihrer zweiten und dritten Beſchwerde in voriger und jetziger Inſtanz

2) die ſofortige Zuerkennung der weiter von ihnen angemeldeten Beträge von fl. 2382. 20 kr. Kaufgelder, fl. 1200 und fl. 2500 aus Darlehen, nebſt den betreffenden Zinſen, ſeit dem 2. Auguſt 1842, eventuell deßfallſige Cautionsleiſtung; und

3) die endliche Zurückweiſung des im Wege der Widerklage aus der Perſon der Wittwe May geltend gemachten Anſpruchs auf die trebellianiſche Quart vom Johannette Margaretha Mohr'ſchen Nachlaß.

In Anſehung beider Anſprüche konnte

a) auf Grund der Erklärung der Appellanten der inzwiſchen erfolgte Tod der Wittwe May bei gegenwärtiger Beurtheilung

keine Berückſichtigung finden. Wenn aber Appellat der Anſicht iſt, daß um deßwillen nunmehr die unter Nr. 2 verzeichneten Forderungen nicht von den Adminiſtratoren, ſondern nur von den May'ſchen Kindern als Fideicommißerben bezüglich deren Vormündern geltend gemacht werden könnten — was in gleicher Weiſe wider den Appellaten in Betreff des Anſpruchs Nr. 3 zur Anwendung kommen müßte — ſo wird Appellat durch § III. des Teſtaments widerlegt, wo die Fortdauer der Adminiſtration bis zum fünf und zwanzigſten Lebensjahre der May'ſchen Kinder angeordnet iſt. Sodann iſt

b) anzunehmen, daß die Wittwe May in dem Mohr'ſchen Teſtament als mit einem bedingten Univerſalfideicommiß belaſtete Univerſalerbin eingeſetzt ſei. Dieſe Eigenſchaft derſelben, welche ſchon in dem Decret des Appellationsgerichts vom 7. Februar 1842 allein nicht rechtskräftig unter den jetzt ſtreitenden Theilen anerkannt iſt, ergibt ſich aus dem § II. gedachten Teſtaments. Es enthält eine Einſetzung, zwei Vulgar- und eine fideicommiſſoriſche Subſtitution. Die Einſetzung und die zweite Vulgarſubſtitution ſind ausgefallen, aus der erſten hat die Wittwe May die angefallene Erbſchaft angetreten, und iſt pflichtig, ſie denjenigen von ihren Kindern, welche ſie überleben werden, im Wege des Univerſalfideicommiſſes herauszugeben. Dieſes Reſultat würde ſich ſelbſt dann nicht ändern, wenn man mit den Appellanten die Wittwe May als Erbin auf den Nießbrauch anſehen könnte, da eine ſolche, wenn und ſo lange unbeſchränkt Eingeſetzte nicht neben ihr vorhanden ſind, auch Erbin auf die Proprietät iſt. Wenn aber Appellanten ferner vermeinen, die Einſetzung der Wittwe May ſei an die Bedingung, daß ſie ihre Kinder überlebe, und nicht das Univerſalfideicommiß an die, daß Letztere die Mutter überlebten, geknüpft, ſo ſteht dieſe Auffaſſung mit dem Inhalt des Teſtaments um ſo mehr in Widerſpruch, als bei ſolcher die Anordnung des Univerſalfideicommiſſes alle Bedeutung verliert. Entweder nämlich ginge die Bedingung der May'ſchen Einſetzung in Erfüllung, und dann hätte das Fideicommiß durch den Tod der Kinder ſeine Anwendung verloren; oder ſie fiele aus, und dann erbten dieſe nicht vermöge der indirekten, ſondern vermöge der direkten Subſtitution zweiten

Grades. Iſt nun die Wittwe May Univerſalerbin des Mohrſchen Nachlaſſes geworden, ſo folgt daraus an ſich die Confuſion deſſen, was ſie der Erblaſſerin ſchuldete: iſt ſie mit einem Univerſalfideicommiß beſchwert, ſo tritt für ſie an ſich die Berechtigung ein, die trebellianiſche Quote vom Nachlaß abzuziehen. Nun wird aber

ad 2) der Eintritt der Confuſion von Appellanten beſtritten,

a) weil die Wittwe May Fiduciarerbin ſei. Dieſer Einwand iſt bereits in den Gründen des über die fernere Rechtsbeſtändigkeit einer der Erblaſſerin an die May'ſchen Eheleute zuſtändigen Inſatzforderung beim Appellationsgericht ergangenen Urtheils vom 4. Mai 1842 zwar nicht rechtskräftig für die gegenwärtig ſtreitenden Theile, jedoch mit Recht verworfen worden. Denn der Fiduciar iſt Erbe und nicht, wie Appellanten ausführen, Uſufructuar des Nachlaſſes. Aus ſeiner Vertretung des Verſtorbenen folgt die, in den Quellen mehrfach anerkannte Confuſion der Dieſem an Jenen zuſtehenden Forderungen nicht minder, wie aus der Herausgabe der Erbſchaft oder einer Quote derſelben an den Fideicommißerben entweder, wie es gewöhnlich aufgefaßt wird, die gänzliche oder theilweiſe Wiederherſtellung der früheren Verbindlichkeiten, oder, was in Beihalt der Quellen nicht ohne Anſchein iſt,

l. 27. § 11. l. 58. pr. l. 59. pr. l. 73. § 1.
l. 80. D. ad SCtum. Trebell. 35, 1.

die Verpflichtung des Fiduciarerben neue, dem Inhalt der Erloſchenen entſprechende Obligationen zu conſtituiren. Keinenfalls aber läßt ſich behaupten, daß die zwiſchen Erblaſſer und Fiduciarerben beſtandenen Obligationen nur ruheten während der Herrſchaft des Letzteren über die Erbſchaft. Sie ſind vielmehr erloſchen, leben jedoch mit der Herausgabe der Erbſchaft wieder auf, oder werden neu begründet. Die Confuſion ſoll ſodann erloſchen ſein

b) auf den Grund der über den Nachlaß angeordneten Adminiſtration. — Allein, wie umfangreich dieſelbe auch iſt, ſo kann ſie doch nur darauf Anſpruch haben, die vorhandenen, nicht aber die vernichteten Beſtandtheile der Verlaſſenſchaft zu verwalten. Ja ſelbſt dann, wenn in ihrer Anordnung ſich der Wille der Erblaſſerin gegen die in Rede ſtehende Confuſion ausgeſprochen haben

ſollte, ſo würde ſolcher dennoch nicht im Stande ſein, die aus dem Begriff eines Univerſalerben mit Nothwendigkeit hervorgehenden Rechtsfolgen zu beſeitigen. Die Abſicht der Jungfrau Mohr aber, daß die ihr von den May'ſchen Eheleuten geſchuldeten Beträge ſchon vor der zur Reſtitution der Erbſchaft überhaupt beſtimmten Zeit an die Adminiſtratoren herausgezahlt werden ſollten, iſt aus dem letzten Willen nicht zu entnehmen, denn die Adminiſtration iſt angeordnet „über die an die Univerſalerben fallende Hinterlaſſenſchaft," alſo zunächſt nur über den Nachlaß, wie er ſich in Folge der Erbſchaftsantretung in der Hand der Univerſalerben finden wird; und wenn ſich auch als Grund hiefür der Wille der Erblaſſerin angegeben findet, „daß die Hinterlaſſenſchaft dereinſt ungeſchmälert an die ſubſtituirten May'ſchen Kinder gelange," ſo läßt ſich daraus eine Willenserklärung obgedachten Inhalts um ſo weniger mit Sicherheit entnehmen, als die Reſtitutionspflicht an die Bedingung, daß die Kinder ihre Mutter überleben, geknüpft iſt. Endlich ſoll die Confuſion beſeitigt ſein

c) durch den über den May'ſchen Nachlaß ausgebrochenen Concurs. Daß dieſer den Appellanten an ſich nicht mehr Rechte gegen die Maſſe geben kann, als ſie gegen die Gemeinſchuldnerin haben, iſt ausgemacht, und die Anſicht, daß das Recht der Gemeinſchuldnerin auf den Nachlaß, und nicht das ihrer Kinder auf deſſen Herausgabe ein ungewiß betagtes ſei, iſt bereits widerlegt worden. Es fragt ſich alſo nur, ob das ungewiß betagte Recht der Appellanten auf die fraglichen Forderungen ihr einen Anſpruch auf deßfallſige Cautionsleiſtung gibt. Allein auch dieſe fordern ſie ohne Rechtsgrund. Denn

1) ſie haben den Anſpruch nicht zeitig geltend gemacht. Die liquidirten Forderungen und die deßfallſige Cautionsleiſtung haben zwar daſſelbe endliche Ziel, allein ein verſchiedenes, rechtliches Fundament. Mit jenen iſt dieſe nicht ſchon angemeldet und die rechtliche Vertheidigung kann bei beiden verſchieden ſein. Die Subſtituirung der neuen Forderung an die Stelle der früheren enthält alſo eine Klagveränderung, auf welche bei dem Widerſprnch des Gegners überhaupt und jedenfalls im Concursprozeß nicht eingegangen werden darf.

2) Sie konnten ihn nicht geltend machen, da für die dereinſtige Herausgabe des Fideicommiſſes die Cautionsleiſtung laut Decret vom 22. März 1843 wiewohl unter Nichtberückſichtigung der gegenwärtig beanſpruchten Forderungen, bereits Statt gefunden hat, und ganz abgeſehen davon, daß der den Gläubigern nach der ad 3 erſichtlichen Ausführung ſeiner Zeit zukommende etwaige Betrag der trebellianiſchen Quart vom Mohr'ſchen Nachlaſſe auch zur Sicherſtellung dieſer fraglichen Forderungen dient, nach klarer Vorſchrift der

l. 3. § 3. D. ut. in poss. leg. 36. 4.

eine wiederholte, gleichgültig ob qualitativ oder quantitativ ungenügende Cautionsleiſtung nicht gefordert werden kann, weil non oportet per singula momenta onerari eum a quo satis petitur. Nicht minder mußten

ad 3) die für die endliche Zurückweiſung des Anſpruchs auf die trebellianiſche Quart theils geltend gemachten theils möglicherweiſe hervorzuhebenden Gründe verworfen werden. Denn

1) die Anſicht es bedürfe zur Erhaltung des Rechts auf die trebellianiſche Quart außer der hier vorliegenden Anfertigung eines Inventars noch eines beſonderen Vorbehalts, wird weder durch eine geſetzliche Vorſchrift noch deren Analogie unterſtützt. — Wenn ſich Appellanten in letzterer Beziehung auf die für eine Antretung mit der Rechtswohlthat des Inventars geltenden Beſtimmungen berufen, ſo überſehen ſie, abgeſehen von deren Singularität, die Verſchiedenheit des Grundes und Zweckes der beßfallſigen Juſtinianiſchen Verordnung und des falcidiſchen Geſetzes nebſt ſeinen Erweiterungen. Eben ſo wenig aber macht der Inhalt des letzteren einen ſolchen Vorbehalt zur Nothwendigkeit. Wer ohne ihn antritt, kann angetreten haben nicht bloß weil er ſich durch den Willen des Teſtirers für hinlänglich bedacht hält, ſondern mit Rückſicht auf den ihm geſetzlich gebührenden Abzug: und wer ſelbſt ohne dieſe Rückſicht angetreten hätte, darf die Quart dennoch fordern, weil das Geſetz ihm zur Seite ſteht. Der Anſpruch geht nur verloren durch ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Verzicht. Den letzteren finden die Appellanten

2) in der Verzichtleiſtung der Wittwe May vom 18. Novem-

der 1842 auf die ihr in dem Teſtamentszettel vom 4. April 1835. § I hinterlaſſenen fl. 500. Denn wer dem geringeren ihm letztwillig vermachten Vortheil entſage, werde um ſo weniger auf den größeren noch Anſpruch machen. Da aber jene fl. 500 jedenfalls bei Berechnung der Quart in Anrechnung kommen, ſo wird, wenn dieſe ſich höher belaufen ſollte, ein Verzicht auf dieſen Überſchuß nicht anzunehmen ſein, da in dem Aufgeben des Theils einer Forderung kein Verzicht auf den Reſt liegt. Auch kann

3) der Folgerung der Appellanten, da die Erblaſſerin ihr ganzes Vermögen unter Adminiſtration geſtellt habe, ſo verſtoße der, welcher einen Theil derſelben entziehen wolle, gegen § 12 des Teſtaments, werde dadurch ſeines Vorrechts und ſomit des Anſpruchs auf die Quart verluſtig, nicht beigepflichtet werden. Zwar muß in dem Geſammtinhalt der letztwilligen Verfügungen der Mohr, insbeſondere dem Teſtamentszettel vom 12. Januar 1839. § IV die Dispoſition derſelben, daß ihr ganzer Nachlaß ungeſchmälert an die May'ſchen Kinder gelangen ſolle, und mithin ein ſtillſchweigendes Verbot des Abzugs der Quart gefunden werden. Allein ein ſolches iſt im Rechtsſinn nicht vorhanden, da es in Frankfurt ſchlechthin verboten iſt, den Abzug der Quart zu unterſagen.

Reform. IV. Tit. 5. § 2 und 3.

Es kann mithin die privatoriſche Clauſel aus § 12, welche zur Umgehung deutlicher Prohibitivgeſetze nicht benutzt werden darf, nicht zur Anwendung kommen, falls der Anſpruch auf die Quart geltend gemacht wird. Wenn ſodann

4) wider die Zuläſſigkeit des Abzugs der Umſtand hervorgehoben iſt, daß ihn die Kinder und Erben der Wittwe May aus dem Recht ihrer Mutter von ſich ſelbſt als Fideicommißerben des Mohr'ſchen Nachlaſſes zu fordern hätten, mithin Gläubiger und Schuldner in derſelben Perſon zuſammenträfen, ſo iſt überſehen, daß das Recht jener Erben durch vorgängige Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger bedingt wird. Endlich ließe ſich

5) noch folgender Geſichtspunkt zur definitiven Beſeitigung des Rechts auf die Quart geltend machen. Das geſammte Vermögen mit Einſchluß der Quart ſei von der Wittwe May den Adminiſtratoren des Mohr'ſchen Nachlaſſes bereits reſtituirt und

die Gläubiger der Erſteren, welche in Bezug auf das Vermögen der Gemeinſchuldnerin kein Recht auf deren poſitive Thätigkeit zu deſſen Vermehrung beſäßen, zur Rückforderung der Quart um deßwillen nicht befugt. — Allein jedenfalls war mit der Erbſchaftsantretung und der factiſchen Ausantwortung der Maſſe an die Adminiſtratoren zugleich das Recht der Wittwe May auf Rückforderung der Quart für den Fall der Reſtitution zur Exiſtenz gelangt, und dieſes Recht iſt auf die Gläubigerſchaft übergegangen.

Die vierte und die fünfte Beſchwerde der Appellanten, durch welche ſie die Verurtheilung ihrer Gegner in ſämmtliche Koſten beider vorigen Inſtanzen herbeizuführen beabſichtigen, ſind in Folge der Beurtheilung, welche die früheren gefunden haben, erledigt. Auch war kein materieller Grund vorhanden, die in dem vorigen Erkenntniß ausgeſprochene Vergleichung der in erſter Inſtanz erwachſenen Koſten aufzuheben, wenngleich es den über die Koſtenerſtattung geltenden Rechtsgrundſätzen an ſich entſprochen haben würde, die Liquidanten in die durch die gänzlich oder zur Zeit verworfenen Liquidate, den Widerkläger in die durch die theils gänzlich, theils zur Zeit, theils angebrachtermaaßen zurückgewieſene Widerklage herbeigeführten Koſten zu verurtheilen. — Auch entſpricht das gedachte Urtheil in der Vertheilung der Koſten zweiter Inſtanz der Sachlage, und folgt die Verurtheilung der Appellanten in die in gegenwärtiger Inſtanz erwachſenen Koſten aus dem Ungrunde ſämmtlicher von ihnen aufgeſtellten Beſchwerden.

39.

Die **Bauamts-Eisenbahn-Commission**, Klägerin, wider **v. H.**, Beklagten, wegen Expropriation, jetzt Prozeßkosten betreffend.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 19. Mai 1854.

In Erwägung, daß

— — — — — —

3) was den Kostenpunkt anbelangt, der Beklagte in seiner Vorbehaltsausführung einen Entschädigungsbetrag von fl. 24,848. 11 kr.
und nach Abzug der bereits erhaltenen . . . „ 3034. 7 „
einen solchen von . . . . . fl. 21,814. 4 kr.
in Anspruch genommen, mithin mehr als die
ihm noch gebührenden . . . . . „ 57. 30 kr.
im Betrage von . . . . . fl. 21,756. 34 kr.
verlangt hat, was eine angemessene theilweise Verurtheilung des Beklagten in die Kosten zur Folge haben muß,

wird zu Recht erkannt:

I. „Klägerin hat dem Beklagten die Summe von fl. 57. 30 kr. nebst Zinsen zu 5% vom 23. September 1848 nachzuzahlen.

II. „Der Beklagte ist schuldig der Klägerin $^{23}/_{24}$ der derselben im ordentlichen Verfahren verursachten Kosten nach vorheriger Liquidation und Taxation zu ersetzen."

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. August 1854.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung

1) daß im Expropriationsprozeß die Verpflichtung des expropriirenden Klägers zur alleinigen Tragung der Prozeßkosten nur

für das abgekürzte Verfahren gesetzlich ausgesprochen ist, sonach rücksichtlich der Kosten des ordentlichen Verfahrens die in Bezug auf Kostenersatz geltenden allgemeinen Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind, daß

2) der § 82 des Vis. Absch. von 1713 vorschreibt: „so soll die Vergleichung der Kosten ohne genugsame Ursachen in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern vielmehr der verlierende Theil in dieselben verurtheilt werden," daß

3) die Verhandlungen des ordentlichen Verfahrens in dem vorliegenden Falle lediglich durch den Beklagten Theil veranlaßt worden sind, und dabei der Antrag des letzteren darauf gerichtet gewesen ist, ihm, statt der ihm in dem Erkenntniß vom 21. März 1849 zuerkannten Werthvergütung von fl. 34. 7 kr. und Entschädigung für Minderwerth von fl. 3000, im Ganzen eine Entschädigung von fl. 24,848. 11 kr. zuzusprechen, daß aber

4) nach beendigtem ordentlichen Verfahren dem Beklagten statt des beanspruchten plus von fl. 21,814. 4 kr. nur ein plus von fl. 57. 30 kr. hat zugesprochen werden können, sonach

5) der Beklagte allerdings als unterliegender Theil erscheint, und es nur darauf ankommt, ob genugsame Ursachen vorhanden sind, um die unter 2. erwähnte gesetzliche Vorschrift zu verlassen und eine Kostenvergütung eintreten zu lassen; solche Ursachen aber

6) nicht aufgefunden werden können, indem der Beklagte nach dem Endergebnisse des Verfahrens bei dem enormen Unterschiede zwischen der begehrten und der rechtlich zulässig befundenen Summe mindestens von einer supina negligentia in Berechnung seiner Ansprüche überall nicht freizusprechen ist, während andererseits dem Kläger ein schuldhaftes Verhalten nirgends zur Last gelegt werden kann, indem

a) die Expropriation als solche den Expropriirten zu unverantwortlichen Überschätzungen nicht berechtigt,

b) die Frage von dem Wartpfahl und dem Wärterhäuschen ebensowenig, wie das von dem Kläger bei Anfang des Rechtsstreits gemachte, nach Beendigung des abgekürzten Verfahrens nicht wiederholte Angebot ohne alle Bedeutung für die vorliegende Frage ist, und

c) die Anführungen des Klägers in Bezug auf die beſtrittene Zuläſſigkeit des Experten Ritter nicht weiter gegangen ſind, als ſich dieß nach den Zeugenvernehmungen mit der Wahrheit vertragen hat,

„wird die von dem Beklagten gegen das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 19. Mai 1854 eingebrachte Appellation unter Verfällung des Appellanten in die Koſten dieſer Inſtanz verworfen und die Zurückſendung der Voracten verordnet.“

Auf weitere Appellation des Beklagten wurde durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 27. November 1854 das angefochtene Erkenntniß beſtätigt und Appellant wie deſſen Sachführer wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels ein Jeder in eine Strafe von zehn Thalern Lüb. Courant verurtheilt.

Entſcheidungsgründe.

Die appellantiſche Beſchwerdeführung war, ohne daß es einer weitern Verhandlung bedurft hätte, als grundlos zu verwerfen.

Wenn der Appellant behauptet, daß nach geſetzlicher Vorſchrift und nach der Frankfurtiſchen Praxis der Expropriant der Regel nach alle Prozeßkoſten zu tragen und resp. zu erſtatten habe, und daß dieß ſelbſt im Falle erfolgloſer Anträge und Appellationen des Expropriaten geſchehen müſſe, ſo iſt dieß unrichtig.

Der § 25 des Expropriationsgeſetzes vom 22. Juni 1847 legt dem Exproprianten (sub b.) nur die Pflicht ob, die im abgekürzten Verfahren dem Expropriaten verurſachten Koſten zu erſtatten. Für das ordentliche Verfahren, ſowohl in erſter als in den höheren Inſtanzen, gelten die gewöhnlichen Grundſätze über Tragung und Erſtattung der Prozeßkoſten, wie dieß auch vom Ober-Appellationsgericht in früheren Entſcheidungen mit Beziehung auf den dem angeführten § 25 entſprechenden § 14 des ältern Expropriationsgeſetzes vom 10. Januar 1837 ausgeſprochen worden, z. B.

in Sachen Taunus-Eiſenbahn ca. von Cotta und von Thienen, 1843. *)

*) Siehe Seite 421.

Bei Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze konnte aber nicht anders als auf Verurtheilung des Beklagten in alle oder doch in den bei Weitem größern Theil der Kosten des, hier allein in Betracht kommenden, ordentlichen Verfahrens erkannt werden.

Die aus allgemeinen Gründen sich ergebende oberste Regel über die Tragung und den Ersatz der Prozeßkosten, welche in der

Reform. I. 35. 15.

eine ausdrückliche Bekräftigung gefunden hat, geht dahin, daß die unterliegende Partei der Regel nach in alle Kosten zu verurtheilen sei. Nur „wenn sie billige und ansehnliche Ursache zu der Rechtfertigung gehabt haben sollte," darf eine Ausnahme gemacht werden. Nun ist aber im vorliegenden Falle der Appellant der im ordentlichen Verfahren unterliegende Theil gewesen, ohne daß Umstände der vorbemerkten Art bestanden hätten. Ihm waren im abgekürzten Verfahren durch das am 21. März 1849 abgegebene Erkenntniß zugesprochen worden: als Entschädigung

für den der Eisenbahn überlassenen Platz von 1 Ruthe 38 Schuh	fl. 34. 7 kr.
für Werthverminderung der ihm verbleibenden 4 Morgen 20 Rth. 30 Fuß .	fl. 3000. — kr.
Zusammen . .	fl. 3034. 7 kr.

Dieses Ergebniß hat der Appellant im Wesentlichen nur in Betracht der zweiten Position angefochten, denn die „Vorbehaltsausführung," welche diese Anfechtung enthält und zu rechtfertigen bestimmt ist, beschäftigt sich allein mit solchen Gründen, welche darauf hinführen, die damals vorliegende erste Schätzung, insofern sie den Minderwerth betraf, als formell mangelhaft und materiell unrichtig erscheinen zu lassen. Der Schätzung der kleinen abgetretenen Parzelle ist ausdrücklich keine Erwähnung gethan, und nur dadurch sind die späteren Taxatoren veranlaßt worden, auch auf diesen Gegenstand einzugehen, weil der Appellant in der erwähnten Ausführung die gesammte ursprünglich beantragte Summe von fl 24,848. 11 kr., in welcher ein Schätzungsbelauf von fl. 148 — für die in Rede stehende kleine Parzelle mit begriffen war — von Neuem gefordert hatte. — Auch ist in dem Facultäts-Erkenntnisse vom 13. November 1850 eine neue Schätzung nur aus

Gründen, welche das Verfahren der Experten in Beziehung auf die Werthverminderung des dem Appellanten verbleibenden Grundstücks betrafen, angeordnet worden, und ebenfalls sind die späteren Verhandlungen fast ausschließlich auf diesen Gegenstand gerichtet gewesen. Der Appellant hat aber in Betreff desselben kein seinen Anträgen entsprechendes Resultat erlangt, denn es ist schließlich bei derselben Summe von fl. 3000 verblieben, welche ihm schon im Erkenntnisse vom 21. März 1849 auf Grundlage der ersten Schätzung zugesprochen worden war. Die Erhöhung des Taxwerthes der abgetretenen 1 Ruthe 38 Schuh von fl. 34. 7 kr. auf fl. 92, also um fl. 58, ist zufolge des Vorstehenden nicht allein an sich ohne materielle Bedeutung, und würde mithin unter allen Umständen nur als ein unerheblicher Punkt anzusehen sein, sondern diese Veränderung des Resultats der ersten Schätzung gehört nicht dem eigentlichen Streitverhältnisse an.

Der obenerwähnte Gegenstand ist jedenfalls so unbedeutend, daß er durch die Compensirung von $^1/_{14}$ der Kosten genügend berücksichtigt worden ist.

Wie nach dem Bemerkten der Appellant im Allgemeinen als der im ordentlichen Verfahren unterliegende Theil und mithin als zur Kostentragung verbunden erscheint, so kann ihm auch nicht bei den besonderen Argumenten beigeflichtet werden, durch welche er ein hievon abweichendes Resultat zu motiviren versucht. Diese Argumente lassen sich darauf zurückführen, daß bei der ersten Expertise der Warte- oder Abweisepfahl und das Wächterhäuschen noch nicht vorhanden, resp. dem Platze ihrer Errichtung nach noch nicht fest bestimmt gewesen seien. Nun sind aber die aus der gesammten Communication für das appellantische Grundstück sich ergebenden Übelstände, insoweit sie durch den Verschluß bewirkt wurden, schon bei der ersten Expertise in Betracht gezogen worden. Dagegen benachtheiligte das Wächterhäuschen, als auf der entgegengesetzten Seite der Bahn belegen, eingestandenermaaßen das appellantische Grundstück gar nicht, und dem Wartepfahl ist bei dem Resultate der letzten Schätzung, obwohl der Appellant desselben vielfach Erwähnung gethan hatte, keinerlei Bedeutung beigelegt worden.

Ebenso wenig erscheint die Behauptung des Appellanten

begründet, daß die Klägerin die Verhandlungen unnöthiger Weise verweitläuftigt hätte. Denn die einzige hierauf bezügliche ſpecielle Anführung des Appellanten, daß die Klägerin erfolglos die Zulaſſung des Maurermeiſters Ritter als Sachverſtändigen beantragt habe, iſt ohne Erheblichkeit. Bei der Entſcheidung über die Prozeßkoſten kommt es im Weſentlichen auf das allgemeine Reſultat der Verhandlungen an, und nur ausnahmsweiſe ſind einzelne Theile der Prozeßhandlung abgeſondert zu behandeln. Hier eine Ausnahme in Betreff der Vorſchlagung des Ritter zu machen, beſtand kein genügender Grund. Denn nicht allein ſind nur wenige Verhandlungen durch dieſen Punkt veranlaßt worden, ſondern die in Betreff des Ritter geſchehene Zeugenvernehmung hat das Ergebniß geliefert, daß die Klägerin kein erhebliches Bedenken zu hegen hatte, den in Rede ſtehenden Vorſchlag zu machen. Übrigens würde dem Appellanten hier auch der Umſtand entgegenſtehen, daß Ritter zum Zwecke der dritten Expertiſe vorgeſchlagen worden iſt, und daß die Klägerin nach Beendigung der zweiten Schätzung mit deren Reſultat ſich einverſtanden erklärt hat, obwohl nach demſelben dem Appellanten fl. 314 mehr zugekommen ſein würden, als demſelben — da ſeinerſeits auch dieſe Schätzung angefochten worden iſt — ſchließlich zugeſprochen ſind.

Mußte aus obigen Gründen die beklagtiſche Beſchwerdeführung und zwar unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten auch dieſer Inſtanz verworfen werden, ſo war auch bei der offenbaren Frivolität, mit welcher der Appellant und deſſen Sachführer allein des Koſtenpunktes halber eine grundloſe Appellation bis in die höchſte Inſtanz verfolgt hat, gegen Beide eine Strafe, wie im Urtheil geſchehen, auszuſprechen.

Auszug aus den S. 418 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen

Taunus-Eiſenbahn ca. v. Cotta und v. Thienen. 1843.

Beide Theile beſchweren ſich ferner über die wegen der Koſten zweiter Inſtanz ergangene Entſcheidung.

1) Der Kläger verlangt nämlich — außer dem nach den obigen Ausführungen in der Hauptsache von selbst wegfallenden Antrage auf Verurtheilung der Beklagten in sämmtliche Kosten —

a) daß unter Compensation der Kosten der Appellation des Klägers, die Beklagten in die Kosten ihrer eigenen Appellation verurtheilt werden sollen, weil in voriger Instanz der zweiten Beschwerde des Klägers Statt gegeben worden und auch seine erste Beschwerde wenigstens zweifelhaft sei;

b) daß die Kosten der Actenversendung nicht dem Kläger allein, sondern zur Hälfte den Beklagten aufzuerlegen seien.

Allein, was den Punkt unter a) betrifft, so ist in Expropriationssachen der im § 14 des Gesetzes aufgestellte Grundsatz, daß der Entäußerer die Kosten der ersten Instanz immer und unbedingt tragen soll, allerdings auch auf die Kosten der höheren Instanzen in dem Falle anzuwenden, wenn der Entäußerer appellirt und dabei dem Grundeigenthümer kein Verschulden, hinsichtlich der Kosten und deren Vermehrung, zur Last fällt. Daraus folgt denn aber theils, daß auf die bloße Zweifelhaftigkeit einer Sache keine Rücksicht genommen werden, theils, daß die in der vorigen Instanz ergangene Abänderung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses in Ansehung des Vorbehalts des Separatverfahrens keinen Einfluß auf den Kostenpunkt haben kann, da die Beklagten die beßfallsige Fassung des ersten Erkenntnisses nicht veranlaßt, und in zweiter Instanz sich zwar nicht ausdrücklich mit der Einrückung des Vorbehalts in den decisiven Theil des Erkenntnisses einverstanden erklärt, aber doch die Befugniß des Klägers zu einem künftigen Separatverfahren nicht bestritten, und jedenfalls die Kosten nicht vermehrt haben, indem hierüber nicht mehr gesagt ist, als zu jener Erklärung erforderlich gewesen wäre.

Der Antrag unter b) sodann ist völlig ungegründet, da der Kläger durch die in seiner Appellation begehrte Actenversendung zugleich — wegen der Connexität beider Appellationen — dieselbe Actenversendung in Beziehung auf die Appellation der Beklagten nothwendig gemacht hat, und erscheint hier um so frivoler, da Letzteres sogar von dem Kläger selbst, gegen den Willen der Beklagten, ausdrücklich verlangt worden ist;

2) die Beklagten hingegen tragen auf Verurtheilung des Klägers in alle Kosten zweiter Instanz an, indem sie die Bestimmung im § 14 des Expropriationsgesetzes auch darauf anwenden wollen. Aber diese Vorschrift, welche direct nur die Kosten der erſten Instanz — der Entäußerungsklage — betrifft, läßt sich nicht auf den Fall ausdehnen, wenn der beklagte Theil nachher eine grundlose Appellation, bei welcher er sich als Kläger verhält, anbringt, sondern über deren Kosten ist lediglich nach den gewöhnlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts zu erkennen.

Die Kosten der jetzigen Instanz waren aus den eben angeführten Gründen gleichfalls durchgängig zu compensiren.

40.

F. v. Ch., Klägerin, wider die Erben des **C. H.**, Beklagte, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 19. August 1853.

Was die Hauptsache anbelangt, so begehrt die Klägerin den Betrag von fl. 2950. 35 kr., für die in Anl. 1 der Klage verzeichneten dem H. vom Jahr 1825 bis 1850 geleisteten Arbeiten von Nähen, Stricken, Flicken, Waschen und für Anschaffung von hiemit in Verbindung stehenden Materialien, und zwar verlangt sie diese Zahlung

1) schon de jure, weil sie sich mit dergleichen Arbeiten ernähre, und
2) auf Grund der auf Seite 4 der Klage enthaltenen Angabe: „der verstorbene H. habe die Leistungen der Klägerin, sowie seine Verbindlichkeit zu deren Zahlung, namentlich der eingeklagten Summe, eventuell wenigstens des größten Betrags derselben, anerkannt und Zahlung versprochen."

Den ersten Klaggrund anlangend, so hat jedoch Klägerin sowohl in ihrer Klagsache vom Jahr 1850, als auch in ihrer ferneren Klagsache vom Jahr 1851 angegeben, daß sie während der ganzen obigen Zeit mit H. im Concubinat gelebt habe, und bemerkt, sie habe alles für H. gethan, für denselben gearbeitet, gewaschen und genäht, ohne hiefür eine Vergütung zu verlangen, und sei hiezu einzig und allein durch ihr Verhältniß zu demselben bestimmt worden. Hienach ist aber von der Klägerin selbst eingeräumt, daß sie die obigen Arbeiten dem H. nicht als Näherin und Wäscherin von Profession, sondern als seine Concubine geleistet, und daß sie solche nicht in der Intention Zahlung dafür zu erlangen, sondern lediglich aus Rücksicht auf das bestandene Concubinat geliefert hat.

In Ansehung des zweiten Klaggrundes ist Folgendes zu bemerken:

Bereits in ihren früheren Prozessen gegen die Beklagten hat die Klägerin angeführt, daß sie dem H. ihre Ehre, Jugend und Schönheit aufgeopfert, seinetwegen mehrere Parthien ausgeschlagen, alles für ihn gethan, seine Wäsche besorgt, für ihn genäht und gestrickt, kurz nicht anders als wie sein Eheweib mit ihm gelebt habe, daß sie 26 bis 27 Jahre lang mit ihm gelebt, für ihn gearbeitet, genäht, gestrickt ꝛc., kurz alles für ihn aufgeopfert habe, und daß H. auf seinem Sterbebett gegen Dritte erklärt habe, er halte sich für verpflichtet, der Klägerin als Ersatz für das, was sie für ihn aufgeopfert habe, fl. 2400 zu geben, diese solle sie haben, er wolle ihr solche schenken. Mit ihrem Anspruch aus dieser angeblichen Erklärung des H. ist Klägerin abgewiesen worden, weil diese Dritten gegenüber gemachte Erklärung nur eine nicht weiter in Betracht kommende Absicht des H. beurkunden würde. Vergleicht man nun mit dem Vorerwähnten das jetzige Vorbringen der Klägerin, so ist es augenfällig, daß von ihr auch hier wieder lediglich die werthlose angebliche Äußerung des H. reproducirt wird. Denn fürs Erste behauptet Klägerin nicht, H. habe einen Betrag von fl. 2950. 35 kr. oder eventuell wenigstens den größten Theil dieses Betrages (offenbar jene früher erwähnten fl. 2400) für die jetzt berechneten Arbeiten und Anschaffungen zu zahlen versprochen, sondern für „ihre Leistungen." Unter diesen ist aber zufolge ihrer früheren Vorträge namentlich und hauptsächlich ihr Concubinatsverhältniß zu H. verstanden und inbegriffen. Sodann aber fehlt, während die früher erwähnte Erklärung des H. zahlen zu wollen, ausdrücklich als Dritten gegenüber gemacht dargestellt war, auch jetzt die Angabe, daß und wie es sich mit dem vorliegenden angeblichen Zahlungsversprechen anders verhalte, und daß es der Klägerin selbst gegeben worden sei, daher auch hier nur eine gegen Dritte gemachte Erklärung des H. als behauptet betrachtet werden kann.

Demnach wird zu Recht erkannt:

— — — — — —

2) „Klägerin wird mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe gewiesen, und schuldig erkannt, den Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten."

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 28. October 1853.

Auf Appellation der Klägerin.

Wenn schon die Appellantin in den früheren gegen die Appellaten geführten Rechtsstreiten mit einer an die Verlassenschaft des H. gemachten Forderung von fl. 2400, welche sie einmal als Dotation wegen nicht vollgezogener Ehe, und das anderemal als Schenkung in Anspruch nahm, abgewiesen worden ist, mit ersterer, weil, ein rechtsgültiges Verlöbniß vorausgesetzt, der Tod des H. den Vollzug der Ehe unmöglich machte; mit letzterer, weil die Förmlichkeiten einer Schenkung fehlten, so muß doch beides als ohne Einfluß auf die dermalen gemachte Forderung für geleistete Arbeiten und Auslagen im Betrage von fl. 2950. 35 kr. erachtet werden, wobei es dahin gestellt bleiben kann, inwiefern, falls die Appellantin in einem der oben berührten Rechtsstreite obgesiegt hätte, eine Ausgleichung der dermalen gemachten Ansprüche erfolgt sein würde.

In der Sache selbst ist unbestritten, daß die Appellantin lange Jahre mit dem verstorbenen H. im Concubinate lebte, und während dieses Zeitraums ihm mancherlei Dienste geleistet hat. Ein solches ohnehin verpöntes Verhältniß gibt aber keinem der Betheiligten ein Recht auf unengeldliche Dienstleistungen des Anderen, und wenn die Appellantin in den früheren Prozessen dieser Dienstleistungen mit dem Bemerken erwähnt: sie sei einzig und allein durch ihr Verhältniß zu H., mit dem sie nicht anders als wie sein Eheweib gelebt habe, bestimmt worden, diese Arbeiten zu verrichten, ohne eine Vergütung von ihm zu verlangen, so folgt hieraus nicht, daß sie unter allen Verhältnissen und für immer auf jeden Ersatz verzichtet habe. Es liegt vielmehr die Vermuthung vor, daß sie durch diese Lebensweise ihre Zukunft entweder durch Ehelichung mit H. oder auf andere Weise möglichst sichern wollte. Es blieb ihr aber das Recht, von H. selbst Ersatz für erweislich geleistete Arbeiten zu fordern, und jetzt nach dessen Ableben von den Erben.

Da hienach die Beschwerde der Appellantin, daß sie mit ihrer Klage abgewiesen worden, gegründet ist, so wird unter Aufhebung

des ſtadtgerichtlichen Decrets vom 19. Auguſt l. J. abändernd zu Recht erkannt:

„Appellantin hat in einem vom Stadtgericht vorzuberaumenden Termin, entweder

a) „die Richtigkeit ihrer eingeklagten Rechnung [2] act. l. J. und zwar jedes einzelnen Poſtens, oder

b) „zu erweiſen, daß der verſtorbene H. die eingeklagten Leiſtungen der Appellantin, ſowie ſeine Verbindlichkeit zur Zahlung der eingeklagten Rechnung, eventuell eines Theils derſelben, und bis zu welchem Betrage, anerkannt habe,

wobei den Appellanten der Gegenbeweis vorbehalten wird.

— — — — — —

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. December 1854.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

„daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. October 1853 zwar, wie hiemit geſchieht, im Übrigen zu beſtätigen, jedoch dahin abzuändern ſei, daß die erſte unter den daſelbſt erſichtlichen Beweisalternativen in Wegfall zu bringen, und wider die zweite den Beklagten binnen der für ſolche zu beſtimmenden Friſt, unter Vorbehalt des eigentlichen Gegenbeweiſes, der Beweis ihrer Einrede dahin nachzulaſſen ſei:

„daß der Erblaſſer der Beklagten die von der Klägerin in [2] der Stadtgerichts-Acten ſpecificirte Forderung ganz oder theilweiſe bezahlt habe.“

Entſcheidungsgründe.

Der Hauptbeſchwerde der Beklagten in gegenwärtiger Inſtanz, mittelſt welcher ſie die Wiederherſtellung des erſten Urtheils verlangen, war theilweiſe und zwar dahin zu entſprechen, daß die

erſte unter den der Klägerin auferlegten Beweisalternativen beſeitigt werden mußte. Zwar würde die Klägerin an ſich das Recht haben, für die in den Stadtgerichts-Acten ſpecificirten Arbeiten und Auslagen und zwar für erſtere auch abgeſehen von einem auf Vergütung gerichteten Verſprechen des Erblaſſers der Beklagten nach

l. 22. D. de praescr. verb. 19. 5.

Erſatz zu verlangen. Sie wird jedoch hievon ausgeſchloſſen durch den Umſtand, daß ſich nicht annehmen läßt, ſie habe die in Rede ſtehenden Verwendungen in der Abſicht gemacht, gedachten Erblaſſer zu obligiren. Dafür ſpricht nämlich das Concubinatsverhältniß, in welchem ſie eine lange Reihe von Jahren hindurch mit H. gelebt hat. Deſſen Vorhandenſein iſt von den Beklagten in gegenwärtigem Prozeß mit Recht als Moment geltend gemacht, um die erwähnte Abſicht auszuſchließen. Die Klägerin hat nämlich jenen Concubinat nicht nur in den Voracten wiederholt, ſondern auch in den gegenwärtigen Verhandlungen, insbeſondere deſſen langjähriges Beſtehen, anerkannt und, mit einer einzigen Ausnahme, keine erheblichen Momente dafür angeführt, daß bei dem vorliegenden Concubinate — deſſen factiſches Vorhandenſein, wenngleich ſolcher heutzutage verboten iſt, nach der inſoweit zutreffenden Analogie der bei einem ehelichen Verhältniſſe zur Anwendung kommenden Grundſätze, die Vermuthung begründet, daß die Concumbenten bei ihren gegenſeitigen Verwendungen nicht die Abſicht haben, für ſolche in Geld entſchädigt zu werden — dieſe Folgen deſſelben haben ausgeſchloſſen ſein ſollen. Jene obgedachte Ausnahme beſteht in der Behauptung der Klägerin, daß ein Anerkenntniß gedachter Verwendungen von Seiten des Erblaſſers der Beklagten Statt gefunden habe. Denn hierdurch würde offenbar die erwähnte Vermuthung ausgeſchloſſen, und eine Verpflichtung der Erben zur Berichtigung der anerkannten Verwendungen begründet werden. Die Folgen einer ſolchen Anerkennung werden nicht dadurch ausgeſchloſſen, daß deren Annahme von Seiten der Klägerin nicht behauptet iſt, indem es einer ſolchen hier nicht bedurfte. Dagegen verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Anerkennung der Klägerin gegenüber erfolgt ſein muß, und darf deren Behauptung wie der betreffende Beweisſatz nur in dieſem Sinne verſtanden werden. Ebenſowenig werden dieſelben dadurch

ausgeſchloſſen, daß gedachter Erblaſſer der Klägerin für ihre Aufopferungen an Jugend, Ehre und Schönheit angeblich fl. 2400 zugeſagt hat, die von ihr in einem frühern Rechtsſtreit geltend gemacht ſind, indem das letztere Verſprechen und die gegenwärtig in Betracht kommende Anerkennung ihrem Inhalte nach von einander verſchieden ſind. Endlich werden die oberwähnten Folgen auch nicht ausgeſchloſſen durch die rechtskräftige Aberkennung der fl. 2400, welche als Dotation und ſpäter als Satisfaction auf Grund einer Anerkennung von Seiten des verſtorbenen H. in den früheren Rechtsſtreiten gefordert ſind, indem der Gegenſtand der jetzt klagbar gemachten Forderung von jenen verſchieden iſt.

Ergibt ſich nun aus Vorſtehendem, daß es bei der zweiten Beweisalternative zu belaſſen war, womit zugleich die hiegegen gerichtete eventuelle Beſchwerde der Beklagten beſeitigt wird, ſo mußte das vorige Erkenntniß nicht minder auf Grund der ferneren eventuellen Beſchwerde der Beklagten, daß ihnen der Beweis der in der Vernehmlaſſung vorgeſchützten Einrede der Zahlung nicht nachgelaſſen ſei, abgeändert werden. Der Einwand der Klägerin, es fehle dem Vorbringen an ausreichender Begründung, da nicht erſichtlich, auf welche Poſten die Zahlung geleiſtet ſei, war zu verwerfen. Die Behauptung der Beklagten geht nicht auf geleiſtete Abſchlagszahlung, ſondern dahin, daß ihr Erblaſſer die Klägerin für deren einzelne Arbeiten in Geld entſchädigt und deren Auslagen vergütet habe, wobei es nach Lage der Sache nicht als Mangel angeſehen werden darf, daß nicht angegeben iſt, wann die einzelnen Zahlungen geleiſtet ſeien.

Die Vergleichung der in voriger und jetziger Inſtanz erwachſenen Koſten iſt eine Folge des Wechſels der Erkenntniſſe, ſowie des Umſtandes, daß die Beſchwerden der Beklagten in jetziger Inſtanz in ſehr erheblichen Punkten für begründet erachtet werden mußten.

41.

A. M. H. aus Erbach, Klägerin, wider **J. P. H.**, Beklagten, wegen Eheverſprechens.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 2. November 1853.

In Erwägung daß

— — — — — —

3) Beklagter zwar den mit der Klägerin vollzogenen Beiſchlaf eingeräumt, jedoch das von derſelben behauptete Eheverſprechen in Abrede geſtellt und mithin Letztere ſolches zu beweiſen hat, daß

4) die von der Klägerin eventuell angeſprochene Entſchädigung, ſowohl nach den Vermögensumſtänden des Beklagten, als nach den perſönlichen Verhältniſſen der Klägerin zu bemeſſen iſt, und in der erſten Beziehung weder der ungewiſſe zukünftige Erbtheil des Beklagten, noch deſſen zufälliger momentaner Erwerb und vielmehr deſſen eigenthümliches Vermögen von fl. 1200 hauptſächlich in Betracht kommt, daher die gedachte Entſchädigung auf fl. 300 zu beſtimmen ſein wird, daß

5) jedenfalls aus der Urkunde [10] ein Verzicht der Klägerin auf ihren Anſpruch aus dem behaupteten Eheverſprechen nicht herzuleiten, und ebenſowenig der weitere Einwand des Beklagten, daß Klägerin mündlich erklärt, derſelbe habe ihr die Ehe nicht verſprochen, zu berückſichtigen iſt, da dieſer Einwand der gehörigen Subſtantiirung, insbeſondere in Bezug auf die Abſicht der Klägerin ein ernſtliches Geſtändniß abzulegen, entbehrt, daß

6) hingegen die von dem Beklagten vorgeſchützte Einrede, daß Klägerin anderweiten geſchlechtlichen Umgang gepflogen habe, erheblich erſcheint und bei dem Widerſpruche derſelben zum Beweiſe zu verſtellen iſt

— — — — — —

wird für Recht erkannt:

— — — — — —

A. Klägerin hat binnen einer noch zu bestimmenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises darzuthun:

daß der Beklagte ihr die Ehe versprochen habe,

B. dem Beklagten wird nachgelassen, binnen einer gleichen Frist vorbehältlich des Gegenbeweises darzuthun:

daß die Klägerin anderweiten geschlechtlichen Umgang gepflogen habe.

III. Würde die Klägerin den ihr auferlegten Beweis, nicht aber Beklagter den ihm nachgelassenen erbringen, so soll derselbe schuldig sein, binnen einer zu bestimmenden Frist die Klägerin zu ehelichen oder nach dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist, ihr, der Klägerin, eine Entschädigung von fl. 300 zu verabreichen, auch in ein oder dem anderen Falle derselben die Streitkosten zu ersetzen; wogegen wenn

IV. Klägerin den ihr auferlegten Beweis nicht, oder Beklagter den ihm nachgelassenen erbringen würde, die Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe gewiesen werden soll.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 1. Februar 1854.

Auf Appellation der Klägerin.

Die von der Klägerin gegen den stadtgerichtlichen Bescheid vom 2. November 1853 aufgestellten Beschwerden sind sämmtlich unbegründet, denn

1) die exceptivische Behauptung des Beklagten:

„die Klägerin habe sowohl schriftlich wie mündlich erklärt, der Beklagte habe ihr die Ehe nicht versprochen, und sie verzichte auf alle Ansprüche an ihn,"

enthält keineswegs die Einräumung des auf dem behaupteten Eheversprechen beruhenden thatsächlichen Klaggrundes, weßhalb von der Auslegung des Grundsatzes: qui excipit non fatetur im Sinne der Klägerin in concreto keine Rede sein kann;

2) die Einrede des Beklagten:

„die Klägerin habe ſowohl vor, wie nach ihrem Umgange mit ihm, ſich auch mit anderen Männern geſchlechtlich vergangen,"

genügt vollſtändig zur Elidirung der Klage, indem die Frage: ob dieſer geſchlechtliche Verkehr mit Anderen vor oder nach dem Eheverſprechen des Beklagten ſtattgefunden habe? in concreto aus dem Grunde unerheblich iſt, weil die Klägerin in ihrer Gegenerklärung nicht behauptet hat, daß der Beklagte von dem ihr jetzt zur Laſt gelegten unſittlichen Umgange zur Zeit ſeines Eheverſprechens Kenntniß gehabt habe, welche letztere nicht vorausgeſetzt werden kann, vielmehr von der Klägerin wenigſtens eventuell hätte behauptet werden müſſen;

3) eine Entſchädigung von fl. 300 im Falle des Nichtvollzugs der Ehe entſpricht unter allen Umſtänden den beiderſeitigen Verhältniſſen.

Demnach wird das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 2. November 1853 lediglich beſtätigt und die Appellantin in die Koſten dieſer Inſtanz verurtheilt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. December 1854.

Auf weitere Appellation der Klägerin.

Erkannt:

„daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 1. Februar 1854 zwar im Übrigen, wie hiemit geſchieht, zu beſtätigen, jedoch die eventuell der Klägerin durch das Stadtgerichtserkenntniß vom 2. November 1853 sub III. zuerkannte Entſchädigung auf die Summe von fünfhundert Gulden feſtzuſtellen, auch die Koſten voriger Inſtanz zur Hälfte zu compenſiren und nur zur anderen Hälfte von der Klägerin zu tragen ſeien;

und wird nunmehr, unter Verurtheilung der Klägerin in die Hälfte der Koſten jetziger Inſtanz und Compenſation der anderen Hälfte, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

1) Die erſte Beſchwerde der Klägerin, daß ihr noch Beweis des ihrem Klaganſpruche zu Grunde liegenden Eheverſprechens angeſonnen worden, iſt offenbar unbegründet, da Beklagter excipiendo Ertheilung, wie Wiederholung der Ehezuſage beſtimmt geleugnet hat, und aus der von ihm nur eventuell vorgeſchützten Einrede des Verzichts ein Zugeſtändniß um ſo weniger herzuleiten ſteht, als nicht bloß der Fall hier überall nicht vorliegt, auf welcher ſich das klägeriſcher Seits geltend gemachte Präjudicat des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Schwager ca. Schaffner vom 30. April 1853 bezieht, daß nämlich dasjenige, was ein Beklagter zu Begründung der einen von ihm vorgeſchützten Einrede vorgebracht hat, zugleich zu Beſeitigung einer anderen Einrede dienlich iſt, ſondern auch die Regel qui excipit non fatetur nur dann, was hier gleichfalls nicht zutrifft, eine Ausnahme erleidet, wenn entweder gerade aus denſelben Thatſachen, auf welche der Kläger ſeinen Anſpruch geſtützt hat, eine Einrede hergeleitet iſt, oder wenn diejenigen Thatſachen, welche der Beklagte zu Begründung ſeiner Einrede angeführt hat, zugleich die Wahrheit des Klagfundaments bekunden.

2) Die zweite Beſchwerde der Klägerin über den dem Beklagten annoch nachgelaſſenen Beweis war, obwohl nicht ganz ſo zweifellos, gleichfalls zu verwerfen.

Bei der aus einem wirklichen Eheverlöbniſſe auf Ehelichung angeſtellten Klage im Gegenſatze der gewöhnlichen Stuprationsklage, bei welcher der Vollzug der Ehe weniger eine Pflicht, als eine alternative Befugniß des Beklagten iſt, wird man freilich den Einwand, es ſei die Verlobte unerlaubten Umgangs mit anderen Männern ſchuldig, und dadurch ihr Anſpruch aus dem Eheverſprechen verwirkt, dem andern Theil zum Rücktritt ein Recht gegeben, als wirkliche Einrede zu behandeln haben, deren Fundament, inſofern es ſich um die Zeit nach erfolgtem Eheverſprechen handelt, in der Verletzung der Verlöbnißtreue, und falls der fragliche unerlaubte Umgang ſchon vorher Statt gefunden hat, weſentlich darin liegt, daß die Jungfräulichkeit der Verlobten

irrthümmlicher Weiſe von dem andern Theile vorausgeſetzt war, oder deren ihr ſelbſt nothwendig bekannter Mangel doloſer Weiſe dem letzteren verheimlicht worden iſt. Es kommt mithin hier weſentlich auf ein Internum an, nicht aber bloß auf das äußere Factum, daß ein geſchlechtlicher Umgang mit Anderen nachweislich ſei, welches in letzterm Fall ohne Hinzutritt des Irrthums oder Dolus nicht genügt, in erſterem, dafern nur die Verlöbnißtreue verletzt wurde, nicht unerläßlich iſt. Darnach gewinnt es denn allerdings den Anſchein, als ob der Klage aus dem Eheverſprechen gegenüber, gedachter Einwand, um beachtet werden zu können, nothwendig nach Ort und Zeit und allen ſonſt für die Beurtheilung erheblichen objectiven und ſubjectiven Momenten näher ſubſtantiirt werden müſſe, als ob insbeſondere darüber eine Angabe nicht fehlen dürfe, daß man über das dem Eheverſprechen vorangegangene Verhalten der Verlobten in Unkenntniß geweſen resp. gehalten worden ſei.

Hierüber aber fehlt es in dem beklagtiſchen Vorbringen an aller Angabe, und iſt auch ſonſt daſſelbe von dem Vorwurfe zu vager Allgemeinheit um ſo weniger freizuſprechen, weil Beklagter bei den gegen die Klägerin erhobenen Vorwürfen nur der Zeit vor und nach dem mit ihm ſelbſt Statt gehabten Beiſchlafe, nicht aber, worauf es doch ankäme, vor oder nach der Ehezuſage gedenkt.

Wie indeſſen Letzteres daraus ſowohl erklärlich iſt, als duplicando vom Beklagten erklärt wird, daß er jedes Eheverſprechen in Abrede ſtellt, ſo läßt ſich zunächſt ſchon dieß nicht verkennen, daß es bei gedachtem Vorwurfe ſich auf Seiten des Beklagten weſentlich um facta aliena handelt, deren wahrer Verhalt auch für ihn erſt durch die Beweisführung ſelbſt ſich herausſtellen wird.

Sodann hat Klägerin ſelbſt durch die Behauptung der Klagſchrift, durch das Eheverſprechen zu Fall gebracht zu ſein, daſſelbe mit dem Beiſchlaf in Connexität geſetzt, auch behauptet, daß vor und nach ihrer Niederkunft, in deren Anlaß nach der Klägerin Angabe die vom Beklagten edirte Urkunde vom 8. Januar 1851 und die zugeſtandene Zahlung von fl. 100 aufgeſetzt und erfolgt ſein ſoll, das Eheverſprechen wiederholt worden ſei, und kann daher das duplicariſche Angeben des Beklagten, es habe Klägerin vor

wie nach ſeinem Beiſchlaf mit derſelben und vor wie nach Ausſtellung gedachter Urkunde bis in die neueſte Zeit unerlaubten Verkehrs mit anderen Männern ſich ſchuldig gemacht, nur dahin verſtanden werden, daß er die Ungültigkeit resp. fernerweite Unverbindlichkeit des Eheverſprechens aus dem vorher, wie ſeitdem beobachteten Verhalten der Klägerin herleitet und zu beweiſen geſonnen iſt. Endlich kommt in Betracht, daß, ſobald ein anderweiter geſchlechtlicher Umgang der Klägerin, worauf das Beweisthema lautet, nachgewieſen wird, die Verletzung der Verlöbnißtreue in dem Falle, wenn dieß nach dem Eheverſprechen geſchehen wäre, feſtſteht, falls aber für die frühere Zeit ein derartiger Umgang mit Anderen nachgewieſen würde, dann eine ſolche Präſumtion dafür ſprechen würde, es ſei der Mangel jungfräulicher Ehre der Klägerin dem Beklagten unbekannt geweſen und das Eheverſprechen, wenn nicht durch deßfallſiges Verſchweigen doloſer Weiſe herbeigeführt, doch aus jenem weſentlichen Irrthume gegeben worden, daß Klägerin nur dann zu obtiniren vermöchte, wenn ſie ihrerſeits nachweiſen könnte, was ſie jedoch replicando gar nicht behauptet hat, daß Beklagter von ihrem frühern Umgange mit Anderen ſchon vor und bei dem Eheverſprechen Kenntniß von ihr erhalten oder anderweit von ihr gehabt hätte.

Unter ſolchen Umſtänden erſchien es denn, obſchon der gedachten Einrede der Vorwurf mangelnder näherer Subſtantiirung nicht ohne allen Grund gemacht iſt, ſo zuläſſig als angemeſſen, es bei dem angefochtenen Beweiſe um ſo mehr zu belaſſen, als je nach deſſen Ergebniſſe ſich erſt wird beurtheilen laſſen, auch die Entſcheidung darüber frei und offen bleibt, ob der Klägerin im Verhältniſſe zu anderen Männern ein ſolches Verhalten zur Laſt falle, welches ſie der aus der Ehezuſage gewonnenen Anſprüche verluſtig mache.

3) Der dritten Beſchwerde der Klägerin dagegen war wenigſtens theilweiſe Folge zu geben. Zwar wäre die ihr eventuell zuerkannte Entſchädigung von fl. 300 im Verhältniß zu dem ſchon jetzt zu des Beklagten freier Diſpoſition ſtehenden Vermögen von fl. 1200 ſowie von dem Geſichtspunkte aus, daß der Klägerin nur eine ihrer bürgerlichen Stellung und Vermögenslage entſprechenden anderweite Ehe durch Dotation erleichtert werden ſolle, für zu

gering nicht zu erachten. Allein bei der wegen Nichtsvollzuges eines Eheverſprechens aufzuerlegenden Entſchädigung iſt weſentlich davon auszugehen, daß für alle aus der zugeſagten Ehe zu gewärtigenden Vortheile thunlichſter Erſatz der Verlobten zu Theil werden muß, und daher nicht ſowohl auf deren Bedürfniſſe oder des anderen Theiles dermalige Leiſtungsfähigkeit, als vielmehr weſentlich auf des Letzteren geſammten Verhältniſſe in pecuniärer, wie ſonſtiger Beziehung Rückſicht zu nehmen, da die Verlobte durch den Eheſchluß in ſolche mit eintreten würde. Kann dieß nun nicht dahin führen, daß von dem laufenden Verdienſte, welchen der die Ehe weigernde Theil durch perſönliche Thätigkeit bezieht, eine gewiſſe Rate der Verlobten gleichſam als Alimente zuerkannt, oder daß nach der Höhe und muthmaßlichen Sicherheit ſolches Verdienſtes die Entſchädigungsſumme beſtimmt werde, und iſt es gleich ferner bei der factiſch und juriſtiſch vorhandenen Unverläßlichkeit aller Erbſchaftsausſichten noch weniger thunlich, den Betrag desjenigen Vermögens, welches möglicher oder wahrſcheinlicher Weiſe künftig durch Erbgang zufallen dürfte, als maßgebend für Bemeſſung der Entſchädigungsſumme zu behandeln, ſo kommt doch Beides als ein das Arbitrium judicis beſtimmendes Moment billig inſofern in Betracht, als die eheliche Verbindung mit einem Manne, welcher ſowohl nach ſeinem dermaligen Einkommen, als im Hinblick auf die Zukunft zu den wohlhabenderen ſeines Standes zu zählen wäre, für die Verlobte von erhöhtem Werth und ihr gerade dann doppelt erwünſcht ſein muß, wenn ſie nach ihrem Stande, Herkommen und Vermögen, wie hier, eine ähnliche und gleich gute Verſorgung kaum zu erwarten gehabt hätte. Wie großes Gewicht daher darauf zu legen ſein mag, daß beide mit allen dortigen Lebensverhältniſſen vertraute Localgerichte die hier zuerkannte Summe von fl. 300 als ausreichend erachtet haben, ſo konnte es doch, da dieſe Entſchädigung zunächſt nur nach den perſönlichen Verhältniſſen der Klägerin und nach dem actuellen Kapitalvermögen des Beklagten bemeſſen worden iſt, kein Bedenken haben, ſelbige ex aequo et bono für den Fall zu erhöhen, daß das Eheverſprechen als wirklich ertheilt und zugleich der gegen die Klägerin erhobene Vorwurf als grundlos ſich erwieſe. Ein Beweisverfahren zu ſolchem Behufe

erſt noch gebetenermaaßen einzuleiten, lag aber kein ausweichender Grund vor, da einestheils hierzu die klägeriſchen Angaben darüber, welchen Nebenverdienſt Beklagter in ſeines Schwagers Geſchäft habe, zu vag und unbeſtimmt waren, anderntheils für diejenige Berückſichtigung, welche deſſen derzeitige Einnahme als Commis und deſſen muthmaßlicher Erbtheil finden kann, darauf wenig ankommt, ob jene fl. 4 oder fl. 5 per Woche, letzteres 5000 oder 7000 fl. betragen möchte, der dieſerhalb obwaltende Streit ſonach für irrelevant zu erachten iſt und aus ſolchem Grunde zur Beweisauflage ungeeignet erſcheinen mußte. Vielmehr war, ohne Weiteres die Entſchädigungsſumme in einer dem geſammten Sachverhalt entſprechenden Weiſe feſtzuſtellen, und wenigſtens zur Hälfte der von der Klägerin erhobene Satisfactionsanſpruch von 1000 fl. anzuerkennen, um ſo unbedenklicher, als die nach des Beklagten eigenem Geſtändniſſe und Anerbieten für die Klägerin ſelbſt wie für das Kind bisher geleiſteten, respective fernerweit zugeſagten nicht unerheblichen Zahlungen, die Wohlhabenheit des Beklagten ebenſo ſehr außer Zweifel ſtellen, als die von ihm über ſein Verhältniß zur Klägerin gemachten Angaben der Wahrſcheinlichkeit darnach entbehren.

Digitized by Google

Digitized by Google

Sachregiſter.

A.

Abrechnung, Anerkennung des Saldo's unter Zahlungsverſprechen als Novation wirkſam; Einrede nicht erfolgten Specification. 174. cf. Contocourant.

Actio doli, ſ. dolus.

Actio judicati, ſ. judicati actio.

Actio legis Aquiliae, Einrede der Vertheidigung (Nothwehr), Beweislaſt. 74; Anſpruch auf vollſtändigen Schadenserſatz (Kur- und Anwaltskoſten, entgangener Gewinn, i. sp. durch geſchmälerte Arbeitsfähigkeit), 75. 76; Unerheblichkeit des Grades der culpa. 75; Unſtatthaftigkeit des juramentum in litem. 77; Eidliche Erhärtung des Schadensbetrags. 77. 78.

Adhaesion, ſ. Civiladhäſion.

Alimente, Ausmeſſung der während temporärer Trennung der Ehefrau zu gewährenden Alimente. 132; dem Alimentationspflichtigen liegt der Beweis des Todes des Alimentationsberechtigten ob. 376; Verpflichtung Fremder zur Cautionsleiſtung für von ihnen zu leiſtende künftige Alimente. 377; Vergleiche über Alimente ſ. unter: Vergleiche. — S. auch: uneheliche Kinder, und Sachlegitimation.

Amortiſation, von Schuldverſchreibungen au porteur. 262 flg.; Anwendbarkeit des Geſetzes über Amortiſation hieſiger Stadt-Obligationen auf Actien von Privatgeſellſchaften. 263; Vorausſetzungen der Amortiſation, Beſcheinigung totalen Untergangs. 263. 265; Beſcheinigungsmittel. 264; der Mangel der geſetzlichen Erforderniſſe wird nicht durch Zuſtimmung des Schuldners erſetzt. 265; Genügt Ablauf der Verjährungsfriſt ſeit Verfall der einzelnen Dividenden zum Antrage auf Amortiſation? 266.

Amt, richterliches, bezüglich der Aufrechthaltung einer nothdürftig begründeten Einrede. 116; Bezüglich der Berückſichtigung des Zinswuchers nnd des Verſtoßes gegen das Verbot der lex commissoria. 121. 110. 111; Bezüglich der Kürze wegen unziemlicher Schreibart. 23. 218; Bezüglich der Abweiſung unſtatthafter Klagen. 231; Bezüglich der Ergänzung des Klagpetitums. 240; Berichtigung eines Verſehens in der Sententia a qua, v. A. W. 333.

Anatocismus, ſ. Zinſeszinſen, Zinswucher.

Anwalt, Strafe gegen denſelben wegen verſäumter Appellations-Nothfriſt 11; desgleichen wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Appellation. 173.

Appellation, Strafe, wegen Mißbrauchs derſelben. 173.

Oberappellation, Zuläſſigkeit derſelben, wenn bei formell unſtatthafter Appellation in der vorderen Inſtanz auf die Materialien eingegangen worden iſt. 82. 83.

Argliſt, ſ. dolus.

Armenrecht, Concursmaſſen davon ausgeſchloſſen. 171.

B.

Bedingung, die einem Legat beigeſetzte Bedingung: wenn ein Dritter ſeine Schuld dem Erblaſſer bezahlt, gilt auch dann für erfüllt, wenn die Erben des Schuldners dem Erblaſſer bezahlt haben. 391.

Bedingte Forderung, Einfluß des Eintretens der Bedingung im Laufe des Prozeſſes auf das Urtheil. 55.

Begräbniß, Aufwendungen bei demſelben; über die Anwendbarkeit der Rathsverordnung vom 7. Januar 1774. 218.

Beſchädigung, cf. Actio legis Aquiliae.

Beweis, der Argliſt. 257; des Schadensbetrags bei der Actio leg. Aq. durch Eid. 77; Beweis durch Sachverſtändige, ſ. Sachverſtändige.

Beweisführung, Benützung anticipando producirter Beweismittel. 45, cf. Beweisverfahren.

Beweisinterlocut, die Beſtimmung der rechtlichen Folgen des zu führenden Beweiſes iſt darin nicht erforderlich. 69.

Beweislaſt, bei der Einrede der erlaubten Vertheidigung. 74; bei der exceptio indebiti. 387; rückſichtlich des Todes des Alimentationsberechtigten. 376.

Beweisſatz, Faſſung deſſelben in Eheſcheidungsſachen, ſ. unter Eheſcheidungsgründe.

Die Beweisauflage über ein „Verſprechen," involvirt die über die Acceptation deſſelben. 369.

Beweisverfahren, Competenz des Criminalgerichts dafür bei Civilabhäſion. 77; auch bei bereits vorliegenden, ſehr erheblichen Beweis- und Gegenbeweis-Momenten nicht abzuſchneiden. 215. 366. Inwiefern iſt die durch nova in höherer Inſtanz anticipirte Gegenbeweisführung geeignet, das Beweisverfahren abzuſchneiden? 388; der Antrag auf Edition von Urkunden zum Behufe der Beweisführung gehört in das Beweisverfahren. 389.

C.

Caution, für zukünftige Alimente von Seiten Fremder. 377; Cautio fidejc. serv. causa kann nicht wiederholt verlangt werden. 413.

Cautionsauflage, Wirkung der Nichtbefolgung derſelben auf die durch ſolche bedingte materielle Entſcheidung. 19.

Ceſſion, Interpretation eines juridiſch unrichtigen Ausdrucks nach der Abſicht der Betheiligten. 35 flg.

Fortdauer des Klagrechts des Cedenten. 43. 44; Vorzug des Ceſſionars vor dem Cedenten auch ohne vorherige Denunciation an den Schuldner. 44; Vorzug der älteren Ceſſion vor der jüngeren. 44.

Ceſſion einer Hypothek im Gegenſatze zur Verpfändung derſelben. 67.

Ceſſion durch bedingte Hingabe eines Schuldſcheins an Zahlungsſtatt. 67. 68.

Unzuläſſigkeit eines Zahlungsmandats an den debitor cessus im Prozeſſe zwiſchen Ceſſionar und Cedent. 69.

Beweis der Einrede der Simulation der Ceſſion. 133.

Inwieſern iſt die Ceſſion von Forderungen in Pauſch und Bogen unter Überlaſſung der Auswahl an den Ceſſionar und unter Begrenzung der Summe ſtatthaft? 179 flg.; Rechtsverhältniß vor und nach getroffener Auswahl resp. Denunciation durch den Ceſſionar. 181; Wirkung des vor Auswahl über den Cedenten ausgebrochenen Concurſes. 181.

Legitimation des klagenden Ceſſionars, ſ. Sachlegitimation.

Civiladhäſion. 72 flg. Ausſchließliche Zuſtändigkeit des Criminalgerichts für das Beweisverfahren in derſelben. 77 bis 79; der Koſtenpunkt iſt nach den Regeln des Civilprozeſſes zu bemeſſen. 77.

Compenſation, des Ehebruchs, ſ. Eheſcheidungsgründe.

Concubinat, Vergütung gegenſeitiger Dienſtleiſtungen der Concumbenten, ſ. unter Dienſtleiſtungen.

Concursmaſſe, hat keinen Anſpruch auf Armenrecht. 171.

Iſt nicht verpflichtet zur Tradition vor dem Concurſe verkaufter, noch nicht rechtlich tradirter Sachen. 181; analoge Entſcheidung bei cedirten Forderungen. 181 flg.

Confuſion, gegenſeitiger Forderungen des Erblaſſers und des Erben. 411.

Condictio indebiti, ſ. indebitum.

Condonatio, des Ehebruchs, ſ. Eheſcheidung.

Contocourant, halbjährlicher Abſchluß mit Verzinſung des Saldos zuläſſig. 122. 175; öftere Abſchlüſſe mit Zinsberechnung aus dem Saldo involviren Zinswucher. 122.

Cours, ſ. Zwangscours.

Creditempfehlung, doloſe, ſ. unter dolus.

Creditverhältniß, begründet die Acceptation von Tratten gegen beſchaffte Deckung der früheren, zwiſchen Acceptanten und Traſſanten ein neues Obligationsverhältniß oder eine Fortſetzung des bisher beſtandenen? 351.

Culpa, bei Erwerb und Zahlung von Wechſeln. 154 flg.; cf. Wechſel.

Siehe auch: Actio leg. Aq.

Cumulation, der Klagen wegen Eheverſprechens und Deflloration. 21.

Curatel, über das Vermögen eines Verſchollenen; Beendigung deſſelben durch Todeserklärung und Erbfolge in deſſen Nachlaß unter Ausſcheidung der für ihn nur reſervirten Vermögenstheile. 32 flg.

D.

Damnum, injuria datum, cf. Actio leg. Aq.
Darlehen, ſ. unter Schuldbekenntniß, Depotgeſchäft.
Declaratio libelli, ſ. unter Klagverbeſſerung.
Defloration, rechtliche Natur der Entſchädigung, deren Ausmeſſung nach Stand und Vermögensverhältniſſen der Klägerin; Berückſichtigung eines Eheverſprechens; gleichzeitige Klage wegen Defloration und Eheverſprechens. 20 flg.
Depotgeſchäft, in Staatspapieren sub pacto retrovenditionis et emtionis kommen dem Darlehen unter Verſatz gleich. 192.
Dienſtleiſtungen, unter welchen Vorausſetzungen iſt für ſolche eine nicht beſonders verſprochene Vergütung zuzuerkennen. 216.
Bei gegenſeitigen Dienſtleiſtungen zwiſchen Concumbenten ſpricht die Vermuthung gegen die Abſicht einer Vergütung. 428.
Dies, Einfluß der im Laufe des Prozeſſes eintretenden Fälligkeit einer betagten Forderung auf das Urtheil. 54 flg.
Disconto, ſ. Sconto.
Dispoſitionsſtellung, ſtillſchweigende Zurücknahme derſelben. 48; theilweiſe Dispoſitionsſtellung. 49.
Dolus, Beweis deſſelben regelmäßig durch Vermuthung zu erbringen. 257.
Actio doli gegen einen Dritten wegen Veranlaſſung zum Creditgeben unter Verſchweigung der Inſolvenz des Debitors. 350. 356.
Dotalrecht, deſſen Geltung dahier. 94.

E.

Edition von Urkunden, der Antrag darauf zum Behufe der Beweisführung gehört in das Beweisverfahren. 389.
Ehebruch, ſ. unter Eheſcheidungsgründe.
Eheſcheidung, ſ. Eheſcheidungsgründe, Trennung von Tiſch und Bett.
Eheſcheidungsgründe, den Gegenbeweis gefährdende zu generelle Faſſung des Beweisſatzes unſtatthaft. 309.
Erſcheint unverſöhnlicher Haß des einen Ehegatten als Eheſcheidungsgrund? 129; momentane Leidenſchaftlichkeit genügt nicht zum Beweis unverſöhnlichen Haſſes. 130.
Fortgeſetzte harte Mißhandlung und grobe Beleidigung. 131. 310; richterliches Ermeſſen bei Beurtheilung der Relevanz der klagbegründenden Facta. 311.
Ehebruch. 309; Einrede der Compenſation des Ehebruchs durch Injurien unzuläſſig. 312; Einrede der Verzeihung, Subſtanziirung derſelben. 308.
Eheſchuld, nach Anlaß und Zweck zu beurtheilen, auch wenn die betreffende Verpflichtung nur von einem Ehegatten übernommen iſt. 90.

Eheverſprechen, Klage aus demſelben und wegen Defloration. 20; Einrede ſpäterer Untreue. 21; Replik der Anſtiftung durch den Excipienten. 22; Einrede der Untreue, ohne nähere Angabe, ob ſolche vor oder nach dem Eheverſprechen geſchehen. 433; Replik ungenügender Subſtanziirung. 433.

Entſchädigung wegen Nichteinhaltung. 435; Berückſichtigung der geſammten Vermögens- und ſonſtigen Verhältniſſe des Beklagten. 435.

Privatvergleich über die Entſchädigung wegen Nichteinhaltung. 145; cf. Vergleich.

Eid, richterlicher; Momente für den Erfüllungs- und Reinigungseid. 2 bis 5; der Erfüllungseid ſetzt die Eröffnung eines Beweisverfahrens voraus. 388; der Reinigungseid dem Produkten zuerkannt wegen Meineids des Producenten. 345; Reinigungseid des Civilabhärenten erſetzt durch die eidliche Bekräftigung ſeiner Ausſagen in der Criminalunterſuchung. 74; Wilderungseid, cf. juram. in litem.

Eidesdelation, unzuläſſig bei erbrachtem Gegenbeweiſe. 305.

Einrede, inwiefern ſind neue Einreden zuläſſig nach Zurückweiſung der Sache an die erſte Inſtanz wegen eingetretener nova. 110. 121; nothdürftige Begründung. 116;

auf Grund des Verbots der lex commissoria. 110 flg.;

der laesio enormis, ſ. laesio enormis;

der Compenſation des Ehebruchs, ſ. Eheſcheidungsgründe;

der Zahlung, ſ. Zahlung;

die Zuläſſigkeit der Zahlung in fremden Münzſorten betreffend iſt in der Executions-Inſtanz verſpätet. 85;

wegen Zinswuchers, ſ. Zinswucher;

der erlaubten Vertheidigung (Nothwehr). 74.

Siehe auch exceptio.

Emendatio libelli, ſ. Klagverbeſſerung.

Engagementsbriefe über Staatspapiergeſchäfte; die Ausdrücke „liefern und beziehen" und die Erlöſchungsclauſel bei Prolongations- wie Verſatzgeſchäften gebräuchlich. 198 flg.

Entſchädigung, wegen Defloration. 20; wegen nicht erfüllten Eheverſprechens. 21; Momente für die Ausmeſſung der Größe. 21;

bei Körperverletzungen. 73; cf. actio leg. Aq.;

wegen Verbrauchs zur Dispoſition geſtellter Waaren von Seiten des Käufers; Fundirung der Klage darauf. 51.

Entſcheidungsgründe, Eruirung der res judicata aus denſelben. 51. 72. 73.

Erbe, zwiſchen dem Fiduciarerben und dem Erblaſſer beſtehende Forderungen erlöſchen durch Confuſion, ohne Rückſicht auf den entgegenſtehenden Willen des Erblaſſers. 411. 412; Wiederaufleben derſelben bei Reſtitution der Erbſchaft an den Fideicommiſſar. 411.

Erbeinſetzung, auf den Nießbrauch erſtreckt ſich in Ermangelung eines unbeſchränkt eingeſetzten Miterben auch auf die Proprietät. 410.

Erbrecht, ab intestato an dem Nachlaſſe des Stuprators beanſprucht von einer Geſchwächten, die bei deſſen Lebzeiten einen Andern geheirathet. 373;

unehelicher Kinder, ſ. uneheliche Kinder.

Erfüllungseid, ſ. Eid.

Erläuterung, des Klaglibells, ſ. unter Klagverbeſſerung.

Errungenſchaft, Begriff derſelben, Rechte der einzelnen Ehegatten. 92 bis 95. 246. 247; Verfahren bei Ausmittelung derſelben. 249; — die Natur des Erwerbstitels maßgebend. 247; zur Ermittelung derſelben iſt Inventur des geſammten ehelichen Vermögens erforderlich. 248; Unterlaſſung der Conſtatirung der Errungenſchaft bei Auflöſung der Ehe; Folgen in Betreff der Qualification des beim Tode des conjux superstes vorgefundenen Vermögens. 242. 243; Präſumtion für die errungenſchaftliche Qualität während der Ehe erworbenen Vermögens. 242. 249. 250; Beſchränkung der Präſumtion auf die Erbtheilung zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verſtorbenen. 250;

haftet für Eheſchulden. 91.

Richterliche Pfändung des einem Ehegatten zuſtehenden ideellen Antheils an einem errungenſchaftlichen Grundſtücke. 96; ſteht der Frau ein Interventionsrecht gegen die Veräußerung des ganzen Grundſtücks zu? 97.

Siehe auch: Sondergut.

Erſatz, für Dienſtleiſtungen, ſ. Dienſtleiſtungen, Entſchädigung.

Exceptio indebiti, ſ. indebitum; nondum natae actionis, ſ. Klaganſtellung; dies, bedingte Forderung.

Siehe auch: Einrede.

Execution, durch Pfändung einer Forderung des Schuldners; durch Auszahlung des Forderungsbetrags an den Fiscal erwirbt der Gläubiger das Eigenthum des Geldes. 167.

Executionsinſtanz, die Einrede, daß in fremder Münzſorte gezahlt werden könne, iſt hier nicht mehr zuläſſig. 85. 86.

Executor in civilibus, Verhältniß zu den Parteien und zum Staate. 168.

Executores negotiorum, deren Glaubwürdigkeit als Zeugen. 3; Bedeutung dieſer Benennung. 9.

Experten, ſ. Sachverſtändige.

Expropriation von Lehns- und Fideicommißgütern, ſ. Lehn und Fideicommiß.

Expropriations-Verfahren. 317 flg.; Verurtheilung zur Rückzahlung im ſummariſchen Verfahren zu viel erhaltener Expropriations-Gelder kann im ordentlichen Verfahren erſt nach Entſcheidung über ſämmtliche Streitpunkte erfolgen. 323 flg.

Den Entäußerer treffen unbedingt nur die Koſten des abgekürzten Verfahrens. 418. 422; — im ordentlichen Verfahren gelten die gewöhnlichen Grundſätze über Tragung der Koſten. 418.

Siehe auch: Schätzung.

F.

Familienfideicommiß, Analogie mit Lehn. 280 flg.; nutzbringende Anlegung des Erlöses aus expropriirten Grundstücken ist ein Ausfluß des unbeschränkten Nutzungs- und Administrationsrechts des Fideicommißinhabers 293; Unstatthaftigkeit des Widerspruchs der Anwärter gegen wirthschaftlich gerechtfertigte Anlegung des Expropriationserlöses in Grundstücken, Hypotheken oder soliden Staatspapieren. 294 296; die aus solcher Anlegung entspringende casuelle Deterioration fällt dem Fideicommißinhaber nicht zur Last. 293. 299.

Siehe auch: Lehn.

Fideicommiß, cf. Familienfideicommiß

Fideicommissar und Fiduciar-Erbe, cf. Erbe.

Fidejussor, s. unter Mandatar.

Fiscal, s. Executor in civilibus.

Fremde, Betheiligung derselben an hiesigen Handlungen verboten; Nichtigkeit desfallsiger Gesellschaftsverträge. 224. 228. 229 flg. und der darauf beruhenden Geschäftsbeziehungen der Theilhaber. 227. 230; Unterliegen stille Gesellschaften diesem Verbote? 225. 226; Vertheilung des Gewinns aus unerlaubten Gesellschaften 226; Auseinandersetzung derselben. 231 flg.

Frist, Beginn der beim Waarenhandel bedungenen Zahlungsfrist. 52.

G.

Gesellschaftsverträge, Hiesiger mit Fremden, s. Fremde.

Geständniß, außergerichtliches, in discursiven Äußerungen. 334; Annahme stillschweigenden Geständnisses zur Strafe ungenügender Klagbeantwortung 376; Nichtanwendbarkeit dieser Strafe gegen die Vertreter eines mitbeklagten Minderjährigen 377; Ausnahmen von der Regel: qui excipit non fatetur. 433.

Güterrecht, eheliches, — Einfluß des römischen Dotalrechts. 94.

Siehe auch: Eheschuld, Errungenschaft, Sondergut.

H.

Handelsgesellschaften, Betheiligung Fremder an solchen, s. Fremde.

Heres, s. Erbe.

I.

Immobiliarschuld, verändert ihren Charakter nicht durch *Aufhebung* der hypothekarischen Inscription. 217.

Indebitum, exceptio ind. gegen einen Schuldschein, Beweislast. 387; der Beweis der Nichtschuld involvirt den des Irrthums 389. 398; condictio indebiti, Princip, worauf solche beruht. 396; Entschuldbarkeit des factischen Irrthums nicht erforderlich. 396; die condictio eines indebiti ausgestellten Schuldscheins findet auch wegen error juris statt. 397.

Injurien; Compensation injuriöser Schreibart beider Parteien. 23; den Parteien steht kein Anspruch auf Officialahndung injuriöser Schreibart zu. 218.

Inſatz, ſ. Pfandrecht.

Instrumentum discretum et indiscretum, ſ. Schuldbekenntniß.

Inventur, der Errungenſchaft, ſ. Errungenſchaft.

Irrthum, Unſchädlichkeit einer geäußerten irrigen Rechtsanſicht in Betreff eines zuſtehenden Rechts. 42; beſonderer Beweis des Irrthums bei der condictio indebiti nicht erforderlich. 389. 398.

Judicati actio, auf Feſtſetzung einer zuerkannten aber noch nicht fixirten Entſchädigung. 20.

Juramentum in litem, Unſtatthaftigkeit bei der actio leg. Aq. 77.

K.

Kauf, Perfection deſſelben; Klage aus demſelben im Gegenſatze zu der Klage auf Entſchädigung wegen eigenmächtigen Verbrauchs zugeſendeter Waaren. 48 flg.

Kauf mit dem pactum redrovenditionis et emtionis zwiſchen Gläubiger und Schuldner, nicht als Verpfändung cum lege commissoria zu betrachten. 112 bis 114.

Siehe auch: Dispoſitionsſtellung.

Klagänderung, die Subſtitution des Antrags auf Cautionsleiſtung für eine Forderung an die Stelle des Antrags auf Zahlung der Forderung enthält eine unzuläſſige Klagänderung. 412.

Siehe auch: Klagverbeſſerung. Klaganſtellung.

Klaganſtellung, verfrühte, wird durch die vor dem Urtheil eintretende Fälligkeit der Forderung unſchädlich; richterliche Befugniß zur ſofortigen Abweiſung verfrühter Klage. 53. bis 56. 341.

Erforderliche genaue Bezeichnung der Parteien und beßfallſige Verbeſſerung in der Replik. 239.

Bei ungenauer Ausdrucksweiſe in Betreff der Natur der Klage iſt die erſichtliche Abſicht des Klägers entſcheidend. 239.

Angabe der Zeit, wann die Klagforderung entſtanden iſt nicht unbedingt erforderlich. 365.

Siehe auch: Klagänderung, Klagverbeſſerung.

Klagerläuterung, ſ. Klagänderung, Klagverbeſſerung.

Klagverbeſſerung, Begriffsbeſtimmung derſelben im Gegenſatz zur Klagerläuterung und Klagänderung. 39. 353. 360 bis 363; Vorausſetzungen der Zuläſſigkeit nach hieſiger Praxis. 354. 355. 356. 359; die Berichtigung des in der Klage irrig aufgefaßten Zeitpunkts der Entſtehung der Klagforderung enthält keine Klagänderung. 353; zuläſſige Erläuterung der einzelnen Contocourantpoſten in der Replik. 362.

Siehe auch: Klagänderung, Klaganſtellung.

Körperverletzung, ſ. actio leg. Aq.

Koſten, Prozeßkoſten, allgemeine Grundſätze über Tragung von Prozeßkoſten. 419. 421

Koſten der Actenverſendung ſind ſtets von dem Nachſuchenden zu tragen. 258. 292; nicht aber die hierdurch veranlaßten höheren Koſten der ſchriftlichen Verhandlung. 259.

Koſten bei Civiladhäſion 77.

Koſten des Verfahrens wegen Reſtitution gegen Verſäumniß der Appellations-Nothfriſt durch Schuld des Anwalts. 12; ohne ſolches Verſchulden. 206.

Koſten des Expropriations-Verfahrens, ſ. Expropriation.

Verurtheilung in die Koſten einer von dem übrigen Verfahren trennbaren Prozeßhandlung vor Entſcheidung der Hauptſache. 316.

Compenſation der Koſten, inſofern es ſich um der Partei fremde, erſt durch den Prozeß zu ihrer Kenntniß kommende Thatſachen handelt. 137.

Koſten erſter Inſtanz: Ausſetzen der Entſcheidung über dieſelben, ungeachtet ſofortiger theilweiſer Klagabweiſung 359; Compenſation wegen theilweiſe unbegründeter Anträge beider Parteien. 292. cf. 272; theilweiſe Verurtheilung. 416. 418, und Ausſetzung der Entſcheidung über den Reſt. 377.

Koſten höherer Inſtanz: Verurtheilung des Appellanten in ſämmtliche Koſten auch bei nur theilweiſe begründeter Adhäſion 137; Verurtheilung zu theilweiſem Erſatz. 53 228 244. 258 293 312. 342. 432; Compenſation wegen Wechſels der Erkenntniſſe. 24 70 77. 124. 137. 228. 333. 342. 359. 377. 395. 429; Compenſation bei theilweiſer Begründung der Beſchwerden. 24. 70; Compenſation wegen Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage. 124.

Kundſchaft, Vertheilung derſelben bei Auseinanderſetzung einer Handlungsgeſellſchaft. 233

L.

Laesio enormis, Gültigkeit des in dem verletzenden Vertrage ſelbſt ausgeſprochenen Verzichts auf die Einrede aus derſelben. 115. 116. 125.

Legat, ſ. Vermächtniß.

Legitimation, vor der Ehe erzeugter Kinder, ſ. uneheliche Kinder. Siehe auch: Sachlegitimation.

Lehn, Expropriation eines Theils deſſelben 273 flg.; feudale oder allodiale Natur des Expropriations-Erlöſes resp. der damit zu erwerbenden Lehnspertinenzen. 274 bis 277; praktiſche Bedeutung dieſes Unterſchieds. 276; nutzbare Anlegung der Expropriations-Gelder iſt ein Ausfluß des unbeſchränkten Adminiſtrations- und Nutzungsrechts des Lehnsinhabers. 278; allgemeine Grenzen dieſes Rechts. 279; Unſtatthaftigkeit des Widerſpruchs der Lehnsherrſchaft (279) und der Lehnsintereſſenten (283) gegen wirthſchaftlich gerechtfertigte Anlegung des Expropriations-Erlöſes, insbeſondere in Grundſtücken, Hypotheken und ſoliden Staatspapieren. 280; bei Ausübung der Rechte der eventuellen Lehnsintereſſenten gegen den Lehnsbeſitzer entſcheidet die Majorität. 283; Entſchädigungspflicht des Lehnsherrn rückſichtlich der durch unbegründeten Widerſpruch gegen nutzbare Anlegung dem Lehnsträger entgangenen Nutzung 285. 291. 292.

Analogie zwiſchen Lehn und Familienfideicommiß. 280; cf. Familienfideicommiß.
Lex Aquilia, ſ. actio legis Aq.
Lex commissoria, ſ. unter Pfandrecht.
Litiscontestation, cf. Geſtändniß, Vernehmlaſſung.
Lotterie, ſ. Spielvertrag.

M.

Mandatar, resp. fidejussor, welcher die Schuld eines Dritten durch Abfindung tilgt, kann von dem Mandanten, resp. Rückbürgen, nur die Erſtattung der wirklichen, von ihm nachzuweiſenden Aufwendungen verlangen. 338
Deſſen Glaubwürdigkeit als Zeuge. 3. 4.
Mediator (μεσίτης), deſſen Glaubwürdigkeil als Zeuge. 9.
Mehrheit, unbeſtimmte, Bedeutung derſelben bei Zeitabſchnitten und bei einer Zuſage von Gegenſtänden. 7.
Münzfuß, deſſen Beſtimmung in dem Urtheil enthält keine ſolche über die Münzſorte. 83.
Münzſorte, ſ. Münzfuß.
Mutatio libelli, ſ. Klagändernng, Klagverbeſſernng.

N.

Nachlaß, am Kaufpreiſe, ſ. Sconto.
Nachlaß, eines Verſchollenen, ſ. Curatel.
Negotiorum gestio, Klage daraus von Seite des Eigenthümers einer Sache auf den durch Veräußerung derſelben vom Nichteigenthümer (als negotiorum gestor) erlangten Preis; Vorausſetzungen dieſer Klage; Gegenanſprüche. 159 flg.
Nießbrauch, Erbeinſetzung auf denſelben, ſ. Erbeinſetzung.
Nothfriſten, Verſäumung derſelben, ſ. Reſtitution.
Nothwehr, Einrede derſelben bei der actio leg. Aq. 74.
Nova. erhebliche, Rückverweiſung der Sache an die erſte Inſtanz wegen derſelben. 100 388.
Zum Zwecke anticipirter Gegenbeweisführung in höherer Inſtanz. 388.
Novation, durch Zahlungsverſprechen nach gepflogener Abrechnung. 174.

O.

Ober-Appellation, ſ. unter Appellation.
Obligationen, au porteur, Amortiſation derſelben, ſ. Amortiſation.

P.

Paar, ein, Bedeutung dieſes Ausdrucks. 6 bis 8.
Patroni causae als Zeugen. 3.
Pfandrecht.
Das generelle geſetzliche erliſcht an veräußerten und tradirten Sachen; Ausnahme im Fall betrüglicher Gefährde. 45.

Vertragsmäßiges, Beſtellung deſſelben an einer Hypothek im Gegenſatze zur Ceſſion. 67. 68; an einem ideellen Miteigenthum beſtellt. 95, und Berechtigung des Gläubigers zur Veräußerung des ganzen Unterpfands. 96. 97; cf. Errungenſchaft.

Lex commissoria bei dem Pfandvertrage iſt ex officio zu berückſichtigen. 110. 111; Vertrag in fraudem legis commissoriae; Vorausſetzungen zur Annahme eines ſolchen. 112 bis 114.

An Staatspapieren; Beweis eines Darlehens gegen Verſatz von Staatspapieren im Gegenſatze zu einem Lieferungsverkaufe auf Zeit (Prolongationsgeſchäft); Beweismomente. 192 flg.; die Specification bei Verpfändung von Metalliques-Obligationen nicht erforderlich. 197; Verpflichtung des Pfandgläubigers, von Dritten als Pfand gelieferte, nicht börſenmäßige Obligationen zurückzuweiſen. 196. Siehe auch: Depotgeſchäft, Engagementsbriefe.

Recht des Inſatzgläubigers auf die ſeit Ablauf des gerichtlichen Zahlungstermins bis zur Verſteigerung resp. Heimſchlagung vom Schuldner bezogenen Civil- und Naturalfrüchte des Unterpfands; Vorausſetzung deſſelben; Auslegung der Artikel 24 und 25 der Verordnung vom 8. Juli 1817. 405 flg. 409.

Pignus, ſ. Pfandrecht.

Plus petitio, — unſchädlich, wenn auf unrichtiger Auslegung richtig dargeſtellter Thatſachen beruhend. 378.

Enthalten in copulativer Geltendmachung alternativ zuſtehender Anſprüche; deßfallſige Klagabweiſung bedingt durch ſpeciell darauf gerichteten Antrag. 374. 377. 378.

Siehe auch: Klagaufſtellung, bedingte Forderung.

Präjudiz, nur dem Geſetze entſprechende Strafen dürfen angedroht werden; Androhung des Ausſchluſſes einer Partei mit einem von ihr zu ſiſtirenden Zeugen, für den Fall ſeines Ausbleibens, iſt unzuläſſig. 139 flg.

Prozeß, bei Expropriationen, ſ. s. h. v.

Prozeßkoſten, ſ. Koſten.

Prozeßzinſen, ſ. Zinſen.

Prolongationsgeſchäft in Staatspapieren, im Gegenſatze zu Verſatzgeſchäften, ſ. Pfandrecht, Engagementsbriefe.

Proviſionsanſätze, dem Umſatze nicht entſprechende ſind als Zinswucher zu betrachten. 122.

Q.

Quarta Trebellianica, das Recht auf dieſelbe iſt nicht bedingt durch Vorbehalt bei der Erbſchaftsantretung. 413; das Verbot des Abzugs derſelben unwirkſam. 414.

R.

Rabat, ſ. Sconto.

Rechnungsabſchluß, ſ. Abrechnung.

Rechtskraft, Tragweite derſelben. 73; ſ. auch: Entſcheidungsgründe.

Auf einseitigen Antrag erlaſſener Decrete. 85.

Die Beruhigung bei einer Auflage zur Activlegitimation ſteht nicht der Anfechtung einer aus dem Grunde jener Auflage gezogenen Conſequenz entgegen. 288.

Einer bedingten Entſcheidung, ſ. Cautionsauflage.

Rechtsmittel, ſ. Appellation, Reſtitution.

Rechtsnachtheil, ſ. Präjudiz.

Reformatio, in pejus unzuläſſig. 132. 332. 353.

Reinigungseid, ſ. Eid.

Relvindicatio, ſ. vindicatio.

Res judicata, cf. Rechtskraft und Entſcheidungsgründe.

Reſtitution, gegen den Ausſchluß mit einem zu ſiſtirenden, nicht erſchienenen Zeugen. 141.

Gegen die Verſäumung einer Nothfriſt durch die Schuld des Sachführers, 11, durch Verzögerung auf der Poſt. 205; die Koſten des Verfahrens ſind auch in dieſem Falle von dem Imploranten zu tragen. 206.

Beſcheinigung des Reſtitutionsgrundes durch eidliche Verſicherung. 11. 12. 141.

Richterliches Amt, ſ. Amt.

Rückbürge, ſ. unter Mandatar.

S.

Sachführer, ſ. Anwalt.

Sachlegitimation, des klagenden Ceſſionars bildet einen Theil des Klagegrundes und bedarf keiner vorherigen Liquidſtellung. 390.

Der ungenügende Inhalt eines mit der Klage aus der Ceſſion als Beweismittel producirten Ceſſionsactes iſt für die Klage nicht präjudiziell. 39. 390.

Die Legitimation der Mutter als Vormünderin iſt erforderlich zur Geltendmachung von Erbanſprüchen ihres unehelichen Kindes 374, unnöthig bei Geltendmachung von Alimentationsanſprüchen. 374.

Sachverſtändige, Beweisführung durch ſolche bei Fragen, deren Beantwortung keine techniſchen Kenntniſſe vorausſetzt, iſt unzuläſſig. 315. Siehe auch: Schätzung.

Schadenserſatz, ſ. Entſchädigung, Schätzung.

Schätzung im Expropriations-Verfahren. 326; Vorausſetzungen, unter welchen eine wiederholte Schätzung zu erkennen. 326; Taxation von Grundſtücken in Pauſch und Bogen ohne ſpecielle Veranſchlagung der einzelnen Parzellen 328; hat bei abweichenden Ausſprüchen der Taxatoren in Betreff der Größe des zum Bauplatz geeigneten Theils expropriirter Grundſtücke, Durchſchnittsberechnung, totale oder partielle Retaxation einzutreten? Bedenken gegen Letztere. 331 flg

Schenkung, als Entgeltung für geleiſtete Dienſte einredeweiſe geltend gemacht. 216. 217.

Schuld, Immobiliarſchuld, ſ. s. h. v.

Schuldbekenntniß, das Bekenntniß über eine bereits beſtehende Darlehnsſchuld ohne nähere Angabe des Entſtehungsgrundes, iſt nicht als instrumentum indiscretum zu betrachten. 386.

Schuldverſchreibungen, au porteur, deren Amortiſation, ſ. Amortiſation.

Schwängerung, ſ. unter Alimente, Defloration.

Privatvergleiche in Schwängerungsſachen, ſ. Vergleiche.

Sconto, rechtliche Natur deſſelben, als Verwilligung eines Nachlaſſes für Zahlung, resp. Oblation der Zahlung, vor Fälligkeit. 51 bis 54.

Simulation, Beweis der Einrede aus derſelben. 133; Momente für Simulation einer Ceſſion. 134 flg.

Societät, Betheiligung Fremder an ſolcher, ſ. Fremde.

Sondergut, Präſumtion gegen daſſelbe, ſ. unter Errungenſchaft.

Sondergutsqualität des durch Teſtament zu einem Anſchlagspreiſe von einem Ehegatten erworbenen Immobile; Unerheblichkeit der Zahlung des Anſchlagspreiſes aus Vermögen des andern Ehegatten. 245 flg. Anſpruch des Letzteren auf Rückerſtattung ſeines Antheils an dem bezahlten Preiſe. 248.

Es beſteht keine Vermuthung für Sondergutsqualität zu Gunſten des Mannes. 251.

Das Mitpacisciren des einen Ehegatten bei Verkauf eines Sonderguts des andern macht den Erlös nicht zu einem errungenſchaftlichen. 247. 248.

Spielvertrag über hieſige Lotterieloose; Anſpruch des Spielers der Vorklaſſen auf die Renovationsloose der ſpäteren Klaſſen. 269; Nichtverpflichtung zur Zahlung der Einſätze vor Einſendung der Loose. 267. 269; vertragswidriges Handeln des Spielers befreit an ſich den Collecteur nicht von dem beſtehenden Vertrage. 270; die Aufhebung des Creditverhältniſſes von Seiten des Collecteurs muß unzweideutig erfolgen. 270.

Staatspapiere, ſ. unter Amortiſation, Depotgeſchäfte, Engagementsbriefe, Pfandrecht.

Strafe, gegen den Sachführer bei verſäumter Appellations-Nothfriſt. 11.

Gegen Sachführer und Partei, wegen Mißbrauchs der Appellation. 173.

Des Ungehorſams, ſ. Präjudiz.

Stundung, nicht durch die Nachſicht des Gläubigers bei früheren fälligen Raten begründet. 175.

T.

Taxation, ſ. Schätzung.

Teſtament, Anerkennung deſſelben involvirt nicht die Anerkennung darin enthaltener Vermögensangaben 243.

Rechtsbeſtändigkeit einer Verfügung über eigenes Gut des Erben. 247.

Todeserklärung, eines Verſchollenen, ſ. unter Curatel.

Tradition, die Concursmaſſe iſt nicht verpflichtet zur Tradition vor dem Concurſe verkaufter, noch nicht tradirter Sachen; analoge Anwendung auf Ceſſion von Forderungen. 181.

Trebellianiſche Quart, ſ. Quarta Trebellianica.

Trennung, von Tiſch und Bett, Vorausſetzungen der Zuläſſigkeit 181; der Frau zu gewährender Alimentationsbetrag 132; die Erziehung der Kinder der Mutter zuerkannt auf Grund abhaltender Beſchäftigung des Vaters. 132.

U.

Uneheliche Kinder, deren Mutter hat ſich bei Erhebung von Erbanſprüchen für dieſelben, nicht aber bei Alimentenforderung, als Vormünderin zu legitimiren 374; der Alimentationsanſpruch concurrirt alternativ mit dem Erbrecht an den Nachlaß des natürlichen Vaters. 374, cf. Alimente.

Befugniß eines vor der Ehe gezeugten, von dem Ehemann anerkannten Kindes zur Geltendmachung der natürlichen Vaterſchaft eines Dritten. 375; der Beweis des Beiſchlafs des Letzteren mit der Mutter zur kritiſchen Zeit genügt hiezu. 375.

Ungehorſamsſtrafe, ſ. Präjudiz.

Urkunde, Edition derſelben, ſ. Edition.

Urtheil.

Erläuterung, resp. Ergänzung rückſichtlich der unbeſtimmt gelaſſenen Geldſorte. 84.

Factiſche Vorausſetzungen der Realiſirung des Klaganſpruchs, welche nicht zum Klagegrund gehören, müſſen nur zur Zeit der Condemnation vorhanden ſein. 57.

Verurtheilung zur Zahlung eines widerklagend und eventuell compensando geltend gemachten Poſtens kann nicht vor der Entſcheidung in der Vorklage erfolgen. 394.

Abweiſung der Klage ohne Beweisverfahren bei anticipando erbrachtem Gegenbeweiſe. 301. 388.

Verwerfung der Ober-Appellation ohne Einziehung der Voracten, falls der Appellant die Darſtellung der Sententia a qua rückſichtlich der Sach- und Prozeßlage nicht angefochten hat. 269.

Urtheil dritter Inſtanz ohne Einleitung einer Verhandlung. 418.

Siehe auch: Judicati actio; Beweisinteelorat, Rechtskraft.

V.

Vergleich, außergerichtliche Vergleiche in Schwängerungsſachen wegen der zu leiſtenden Alimente und wegen Entſchädigung für Nichteinhaltung eines Eheverſprechens ſind nur in ſoweit ungiltig, als ſie dem Berechtigten zum Nachtheile gereichen; Rathsverordnungen vom 20. Januar 1789. 145 bis 147.

Vergütung, für Dienſtleiſtungen, ſ. Dienſtleiſtungen.

Vermächtniß.

Ein bedingtes Legat gilt im Zweifel nicht für aufgehoben durch ein ſpäteres unbedingtes Legat von gleichem Betrage. 393.

Der Honorirte kann von dem Onerirten nicht wiederholte Caution fordern. 413.

Siehe auch unter Bedingung.

Vernehmlaſſung.
Dritte Perſonen ſind nicht zur Darſtellung des andern Sachverhalts verbunden. 241.
Verſatzgeſchäft, ſ. Pfandrecht.
Verſchollener, Erbfolge in das für denſelben verwaltete Vermögen. 32 flg. Siehe auch: Curatel.
Verſprechen.
Der Zahlung, ſobald es die Vermögensverhältniſſe erlauben, Bedeutung deſſelben. 340; die Beweislaſt rückſichtlich des Eintritts dieſes Zeitpunkts trifft den Gläubiger. 341.
Verſprechen einer Belohnung für Dienſtleiſtungen, Erforderniſſe zur Perfection des deßfallſigen Vertrags. 364.
Vertrag; bei nicht vereinbarter Schriftlichkeit deſſelben, iſt der Mangel der Unterſchrift eines Contrahenten unerheblich. 173; cf. Verſprechen.
Verzichtleiſtungen, ſind nicht durch Folgerungen auszudehnen. 413.
Verzugszinſen, ſ. Zinſen.
Vindication.
Vorausſetzungen zur Klage des Eigenthümers auf den durch Veräußerung ſeiner Sache vom Nichteigenthümer erlangten Preis; Gegenanſpruch auf den bona fide zum Erwerb aufgewendeten Betrag. 159 flg.
Vindication des durch Veräußerung fremden Eigenthums Erworbenen nicht ohne Weiteres zuläſſig. 361.
Vindication von Wechſeln, ſ. Wechſel.

W.

Wechſel.
Verpflichtung des Indoſſatars resp. des Bezogenen zur Prüfung der Identität des Indoſſanten resp. des den Wechſel zur Zahlung Präſentirenden. 161; Zuwiderhandlung enthält eine culpa lata des Erwerbers, insbeſondere nach hieſigem Geſchäftsbrauch. 162.
Vindication von Wechſeln nach Art. 74 d. W. O. 154 bis 156; Rechtliche Natur der Vindication. 156; Klage auf den Wechſelbelauf im Falle der Veräußerung durch den zur Herausgabe des Wechſels Verpflichteten. 156 flg. cf. Creditverhältniß.
Wucher, ſ. Zinswucher.
Würderungseid, ſ. Juramentum in litem.

Z.

Zahlung.
Einrede der Zahlung, nothdürftige Begründung derſelben. 65; ſteht dem correus debendi zu, außer im Falle ausdrücklichen Verzichtes; Anwendung dieſes Satzes. 66.
Zahlung, die auswärts zu leiſten war, kann in den dort üblichen Zahlungsmitteln auch am Orte der Klage geſchehen. 86.
Vereinbarte Zahlung in Silber bei geſetzlichem Zwangscours des Papiers. 87.

Zahlung einer gepfändeten Forderung an den Fiskal, Wirkung derſelben. 167.

Zeugen.

Glaubwürdigkeit der Executores negotiorum, Mediatores, Mandaten und Patroni causae als Zeugen. 3. 4. 7. 9.

Siſtirung der Zeugen durch die Partei, unzuläſſige Strafandrohung, ſ. Präjudiz.

Singularität der Zeugen. 344.

Zeugniß, Befreiung der Mediatores von demſelben. 9.

Zinſen.

Verbot der Verzinſung über den Belauf des Capitals nicht anwendbar auf einen Betrag, der von Dritten bezahlte Zinſen einbegreift. 244.

Prozeßzinſen, ihre Zuerkennung wird nicht behindert durch die illiquide Einrede der Compenſation. 244; Prozeßzinſen unterſchieden von Verzugszinſen. 244.

Zinſeszinſen bei kaufmänniſchen Rechnungsabſchlüſſen ſtatthaft. 122. 175.

Zinswucher, begründet durch öftere, als halbjährliche Rechnungsabſchlüſſe unter Verzinſung des Vortrags. 122; deßgleichen durch dem Umſatz nicht entſprechender Proviſionsanſätze. 122.

Derſelbe iſt ex officio zu beachten. 121.

Siehe auch unter: Zinſen.

Zwangscours, Wirkung auf Zahlungen aus früheren Verträgen, ſ. Zahlung.

Druckfehler.

Seite	55.	Zeile 20	von oben	lies	Pandektenrechts ſtatt Pfandrechts.
„	58.	„ 13	„ „	„	Averanins ſtatt Aversanis.
„	58.	„ 21	„ „	„	betagten ſtatt beſagten.
„	61.	„ 4	„ unten	„	Intercedenten ſtatt Intercendenten.
„	94.	„ 10	„ „	„	kaum eine ſtatt eine.
„	100.	„ 1	„ „	„	laesio ſtatt caesio.
„	139.	„ 2	„ „	„	Rechtsbeſtändigkeit ſtatt Rechtsbeſtändigung.
„	154.	„ 2	„ „	„	Formulirung ſtatt Formirung.
„	189.	„ 7	„ oben	„	Ausſpruch ſtatt Anſpruch.
„	218.	„ 3	„ „	„	Juni ſtatt Januar.
„	328.	„ 9	„ unten	„	Ackerſtücke ſtatt Actenſtücke.
„	345.	„ 1	„ oben	„	erbracht ſtatt erbrecht.
„	345.	„ 4	„ unten	„	Codicill ſtatt Coricill.
„	351.	„ 17	„ oben	„	Erweiterung ſtatt Erweitung
„	387	„ 14	„ unten	„	15. December ſtatt 5. December.
„	401.	„ 12	„ „	„	12 Juni ſtatt 22. Juni.
„	405.	„ 14	„ oben	„	Sequeſter ſtatt Sequeſtor.
„	408.	„ 3	„ „	„	Einſchluß ſtatt Einfluß.

Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

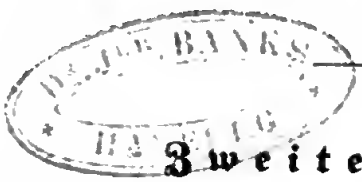
in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.



Zweiter Band,

umfassend den Zeitraum vom 1. Januar 1855 bis 1. November 1856.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Sortimentsbuchhandlung.

1857.

Gedruckt bei J. D. Sauerländer.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

42. Kremenz wider Horſt . . . . . 1 — 17

Verhältniß des Gläubigers als Benefizialerben eines correus debendi zu dem andern correus, insbeſondere bei Eheſchulden. S. 6 und 7.

Unſchädlichkeit der Verſäumung der in Reſ. VI., 3. § 1. vorgeſchriebenen Inventariſationsfriſt. S. 7 und 8.

Nichteinhaltung der in Reſ. IV., 10 beſtimmten Friſt für Teſtamentsanfechtung, insbeſondere von Seite des Wittwers im Falle der Entziehung der Statutgebühr; Erläuterung der angeführten Reformationsſtelle; Berechnung und Wahrung dieſer Friſt. S. 10 — 17.

43. Th. wider S. . . . . 18 — 34

Bürgſchaft für die wegen obliegender Suſtentationsverpflichtung verſprochene Cautionsleiſtung; Klage des Bürgen, nachdem er die Caution geſtellt und ihm der Anſpruch des Gläubigers auf Cautionsleiſtung cedirt worden, gegen den Hauptſchuldner. S. 21 — 23.

Adhäſion, gerichtet auf völlige Beſeitigung des dem Appellanten nachgelaſſenen Beweiſes bei einer lediglich die theilweiſe Abänderung der Normirung des Beweisſatzes bezweckenden Appellation. S. 24 und 25.

Geſtattung des Beweiſes vorausgegangener Verabredungen bei abweichendem Inhalt der Schuldurkunde. S. 25 — 27.

Adhäſion, abzielend auf definitive Abweiſung der Klage bei Beſchwerde des Appellanten wegen Abweiſung angebrachtermaaßen. S. 31.

Vorzug des Hauptcontracts vor dem Interimsvertrag bei verſchiedenem Inhalt. S. 32 — 34.

44. Heyne wider die Heyne'ſche Debitmaſſe . . . . . 35 — 37

Begriff des die Güterabſonderung der Ehefrau im Concurſe ihres Ehemanns ausſchließenden „gemeinen Handels" der Eheleute; Reſ. III. Tit. 7. § 12 und 21. S. 36 und 37.

45. Roſalino wider die Verſicherungsbank Ceres . . 38 — 44

Einwand des Verzichtes auf Gegenanſprüche, gegründet auf die von dem Gegner, jedoch nicht dem andern Theil gegenüber, erfolgte Anerkennung eines auf Bücherabſchluß beruhenden Guthabens. S. 38 — 43.

Mutatio libelli in der Replik unſchädlich bei vorbehaltloſer Einlaſſung des Beklagten. S. 40.

Der lediglich auf Beſeitigung der Sent. a qua und auf Wiederherſtellung des Urtheils erſter Inſtanz gerichtete Antrag kann nicht zur Abänderung einzelner ſpeciellen Punkte der Sent. a qua führen. S. 43.

46. Herle wider Leisler . . . . . 45 — 51

Entwickelung des Sinnes einer Beweisauflage aus den Motiven des Interlocuts. S. 46 — 48.

Beſitz von Quittungen als Beweismittel für die durch den Beſitzer geſchehene Zahlung fremder Schulden. S. 51.

*

Seite

47. Frankfurt-Hanauer Eiſenbahn-Geſellſchaft wider Boch . . . . . 52 — 64

Die Anordnung einer Retaration im Expropriations-Verfahren bei weſentlicher Abweichung der Sachverſtändigen Gutachten unzuläſſig, wenn ſolche keine Ausſicht auf die Herſtellung einer ſichern Baſis für die Entſchädigungsanſprüche bietet. S. 54—59.

Prüfung und Würdigung divergirender Gutachten. S. 59—63.

Durchſchnittsberechnung aus den Tarationsſummen, auch wenn **ein** Gutachten dem betreffenden Gegenſtand **allen** Werth abſpricht. S. 63 und 64.

48. Verlaſſenſchaft der E'ſchen Eheleute; Extrajudicial-Appellation . . . . . 65 — 70

Teſtamentariſche Feſtſetzung einer beſtimmten Summe als Erbtheil des einen von zwei minderjährigen Erben; Beſtellung eines Theilungsbeiſtandes wider den Willen von deſſen Vormündern auf Antrag der Vertreter des Miterben; Anfechtung dieſer Verfügung als einer Rechtsverletzung im Wege der Ober-Appellation. S. 66—70.

49. Flersheim wider von Geldern . . . . . 71 — 90

Unzuſtändigkeit des Gerichts des Vertragsabſchluſſes, wenn aus der Natur der betreffenden Geſchäfte, resp. aus den getroffenen Bedingungen ſich ein anderer Erfüllungsort ergibt. S. 76—78.

Prüfung der einzelnen Geſchäfte in dieſer Richtung. S. 78—84.

Pfandklage auf Grund des Art. 54 der Wechſelordnung am **forum rei sitae**, insbeſondere in Bezug auf Papiere **au porteur**. S. 88 und 89.

Cumulation dieſer Klage mit der Contractsklage. S. 85—87 und 90.

50. Lefler wider Auberlen und Burnitz . . . . . 91 — 95

Feſtſtellung der Beweisauflage aus den Motiven des Beweisinterlocuts; Abweichung der Eidesformel von dem Beweisſatze. S. 91—95.

51. Söldner wider Hitzel . . . . . 96 — 111

Klage auf Schutz gegen Störung im Beſitze eines Metzger-Hackklotzes; Einrede und Widerklage geſtützt auf die Behauptung einer durch Aquiſitiv-Verjährung erworbenen Servitut von Seiten desjenigen, welcher in einem vorausgegangenen Prozeſſe mit einer Klage in Betreff deſſelben Hackklotzes auf Grund des dem damaligen Beklagten, nunmehrigen Klägers und Widerbeklagten zuſtehenden Eigenthums abgewieſen worden war. S. 99 bis 111.

Proviſoriſche Beſitzregulirung bei Gefahr von Gewaltthätigkeiten. S. 103.

Erwerbung einer Realſervitut durch Verjährung; der Glaube, Eigenthümer des dienenden Immobile zu ſein, hindert den Erwerb nicht. S. 106 und 107.

Zeiterforderniß, namentlich bei **serv. discontinuae**. S. 107 und 108.

Richterforderniß eines Erwerbtitels. S. 108.

Accessio possessionis. S. 109.

Erforderniß des Erwerbs durch **einen** von mehreren Eigenthümern. S. 110.

Beweislaſt rückſichtlich der **vitia possessionis.** S. 110.

52. J. G. M. Ruttmann'ſche Vormünder wider C. C. Ruttmann . . . . . 112 — 120

Die Vorausſetzungen der **exceptio doli** zur Anfechtung einer angeblich auf Verkürzung der Gläubiger gerichteten Veräußerung ſind dieſelben wie die der **exceptio Pauliana.** S. 115 und 116.

Seite

Die **actio Pauliana**, nicht bedingt durch Concurs des Schuldners. S. 116 und 117.

Die angeblich zur Zahlung künftiger, den eigenen Kindern zu leistender Alimente geschehene Veräußerung mit der **exceptio Pauliana** angefochten; rechtliche Natur dieser Alimentationspflicht. S. 117 und 118.

53 und 54. Malten wider Brönner . . . . . 121 — 134

Restitution gegen das vom Anwalt verschuldete Versäumniß der Appellationseinführung; Strafe des Anwalts. S. 125 und 126.

Klage auf Honorarzahlung aus einem Verlagscontract; Prüfung des Contracts in der Richtung, ob der Verfasser den etwaigen Verlust mitzutragen habe. S. 127 — 134.

Nachlaß des Beweises eines von dem klaren Vertragsinhalt abweichenden Einverständnisses der Parteien. S. 127 und 132.

55. Commercial-Bank wider Kulp . . . . . 135 — 147

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein in zweiter Instanz ohne Gehör des Impetraten erlassenes und diesem nicht insinuirtes Arresterkenntniß. S. 136 — 138.

Beginn des Laufs der Appellations-Fatalien **vor** und **nach** der Verordnung vom 7. November 1848. S. 138, 139, 144 und 145.

Zulässigkeit des Arrests gegen einen von auswärts hierher geflohenen hiesigen Bürgerssohn nach Art. 53 der provisorischen Prozeßordnung S. 141; Erforderniß der Bescheinigung des Anspruchs mit Rücksicht auf die aus ausländischem Rechte entnommenen Einwendungen des Impetraten. S. 140.

Befugniß des Impetraten, den ohne seine Vernehmung erkannten Arrest entweder **appellando**, oder **remonstrando, resp. exciplendo** anzufechten. S. 142, 143 und 144.

56. Hahn wider Nachmann . . . . . 148 — 152

Klage auf Ersatz des Limitopreises in Verkaufscommission gegebener österreichischen Banknoten gegen den Commissionär, welcher die Restitution einer gleichen Anzahl, jedoch nicht mit denselben Nummern versehener Banknoten offerirt hat.

57. Meggenhofen wider die Theater-Direction . . . 153 — 157

Klage eines von der Theater-Direction ohne die statutenmäßig nöthige Bestätigung der zuständigen Behörden entlassenen Orchestermitglieds auf Auszahlung seines Gehalts bis zum Zeitpunkt dieser nachträglichen Bestätigung.

58. J. wider L. . . . . 158 — 160

Verpflichtung des Vaters zur Alimentation unehelicher Kinder. Dauer dieser Alimentationspflicht; Größe der Entschädigung für Defloration.

59. Dr. F. und Dr. G. als Vertreter des F. C. H. wider C. H., geb. F. . . . . 161 — 171

Die gesetzliche Präsumtion der Ehelichkeit des Kindes fällt weg, wenn die Ehegatten nicht zusammenleben. S. 165.

Beweiskraft des Geständnisses in Ehescheidungssachen. S. 167.

Compensatio adulterii. S. 168 — 170.

Alimentation der Ehefrau während des Scheidungsprozesses, Bemessung des Alimentationsquantums. S. 170.

60. D. wider W. . . . . 172 — 175

Restitution gegen durch eigenes Verschulden der Parthei geschehene Desertion der Appellation. S. 172.

Gewährung derselben hinsichtlich des mitbetheiligten Minderjährigen. S. 174.

Seite

61. Eberhardt und Winter wider Klein . . . . . 176 — 179

Ungenügende Fundirung der Einrede mündlicher, den ſchriftlichen Vertrag abändernder Nebenverabredung. S. 178.

Strafe wegen Prozeßverſchleifung und Mißbrauchs der Ober-Appellation gegen den Anwalt unter Verſchonung ſeiner Gewaltgeberin. S. 179.

62. Kappé wider du Fay . . . . . 180 — 184

Verwerfung der Beſchwerden ohne Verhandlung bei offenbarer Grundloſigkeit. S. 182.

63. Schmidt wider Eichthal, Frommel & Comp. . . 185 — 191

Begründung des hieſigen Forums als desjenigen der belegenen Sache für Pfandklagen; Art. 54 der Wechſel-Ordnung. S. 188.

Unerheblichkeit des in beiderſeitigem Einverſtändniß anticipirten Pfandverkaufs. S. 188.

Emendatio, nicht mutatio libelli; Zuläſſigkeit der mutatio bei vorbehaltloſer Einlaſſung auf dieſelbe. S. 189.

64. Schmidt'ſche Debitmaſſe wider L. H. F. . . . . 192 — 203

Formalien des Geſuchs um Reſtitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil ex capite novorum. S. 192.

Gebrechen der Subſtantiirung. S. 194.

Reſtitution contra rem judicatam ex clausula generali praet. unzuläſſig. S. 200; deßgleichen ex capite erroris. S. 201.

Vorausſetzungen der rest. contra rem jud. ex capite novorum nach hieſigem Rechte. S. 202.

65. Hildebrand wider Strauß . . . . . 204 — 211

§ 55 des Geſetzes vom 7. November 1848 bezieht ſich nicht auf die in einem ſonſt nur prozeßleitenden Decrete enthaltenen definitiva. S. 206.

Unzweckmäßige Prozeßdirection an ſich kein zuläſſiger Beſchwerdegrund. S. 206.

Prüfung des geführten Beweiſes. S. 207. Bedingungen der Zuläſſigkeit verwerflicher Zeugen insbeſondere nach Reſ. I. 33. § 14. S. 208 und 210.

66. Sch., geb. A., wider J. N. Sch. . . . . 212 — 217

Verſagung des Suſpenſiveffects der Appellation gegen proviſoriſche Verfügungen in Eheſachen. S. 212.

Gründe für die proviſoriſche Trennung der Ehegatten nach hieſigem Recht. S. 213.

Bemeſſung der der Ehefrau während der proviſoriſchen Trennung gebührenden Alimente. S. 213.

67. Krebs und Conſ. wider das Bauamt . . . . . 218 — 224

Privatrechtliche Wirkung der geſetzlichen Beſtimmungen über die Höhe von Bauten; insbeſondere Rechte der Nachbarn daraus; Zuſtändigkeit der Gerichte für die auf Grund ſolcher Beſtimmungen von den Nachbarn gegen den Bauherrn erhobenen Klage. S. 219.

Nothwendigkeit des Erbietens zur perſönlichen Ableiſtung des Handgelöbniſſes nach § 65 der proviſoriſchen Gerichts-Ordnung beim Antrag auf Bauverbot. S. 224.

68. W. wider ſeine Ehefrau W., geb. S. . . . . 225 — 230

Schwangerſchaft der Ehefrau bei Eingehung der Ehe als Nichtigkeitsgrund. S. 227.

Die behauptete Unkenntniß des Ehemanns von der Schwangerſchaft bedarf keines Beweiſes. S. 227.

Seite

Der Ausgang des Prozesses über den **status** eines in der Ehe vorzeitig geborenen Kindes ist nicht präjudiciell für die Klage auf Nichtigkeitserklärung der Ehe. S. 229.

69. W. wider seine Ehefrau W., geb. S., und Dr. R. als Curator ad litem des von der Ehefrau geborenen Kindes . . 231 u. 232

Prozeß über den status des Kindes durch des Letztern Tod erledigt. S. 231.

70. Binding wider von Rothschild . . . . . 233 — 256

Rechnungsfehler im Urtheil gehen nicht in Rechtskraft über; Ausnahme. S. 238.

Wirkungslosigkeit des Widerrufs irriger gerichtlicher Geständnisse; Voraussetzungen der **restitutio in integrum** wegen solcher. S. 241.

Prozeßzinsen; Anfang, Unterbrechung des Zinsenlaufs. S. 244.

Voraussetzung der **ipso jure** eintretenden Verzinsungspflicht von Seite des **socius**. S. 247.

Gültigkeit des Verbots der Zinseszinsen nach heutigem Recht. S. 249.

Prozeßzinsen **ultra alterum tantum**. S. 251.

Compensation eines Theils der Kosten wegen nicht entschuldbarer **pluspetitio**. S. 252.

71. Bauer gegen Lemmé . . . . . 257 — 265

Die dem Cessionar gegenüber erklärte Schuld-Anerkennung des Debitors enthält den Beweis der Cession. S. 258; gleichgültig ist, ob in der Schuldanerkennungsurkunde der Name des Cessionars unausgefüllt war. S. 261.

Sachlegitimation des Cessionars, Nachweis des Rechtstitels der Cession, insbesondere nach hiesigem und österreichischem Recht. S. 263.

72. Phil. Jac. B., Vormünder, wider F. . . . . 266 — 269

Voraussetzungen des gerichtlichen Erkenntnisses auf Beischreibung des außerehelichen Vaters in den Standesbüchern. S. 267.

73. Fabian wider Bauamts-Eisenbahn-Commission . 270 — 276

Findet das Baustatut Kap. IX. § 9, und Art. 74 der provisorischen Gerichts-Ordnung auf Expropriationsfälle Anwendung? S. 270.

Folgen der Unterlassung der Einsprache bis zur Vollendung des Baues. S. 271.

Rechtsmittel des Servitutberechtigten gegen den Exproprianten. S. 275.

74. Dr. Wetzel als Itzel'scher Sequester wider Küstner . . 277 — 286

Zulässigkeit der Abweichung von der Executions-Ordnung bei Einverständniß der Partheien. S. 280; Execution in die Ausstände trotz des Vorhandenseins von Immobilien. S. 282.

Rechtskraft der Entscheidungsgründe. S. 283.

Das auf den ideellen Antheil eines Miterben an einem ererbten Immobile erwirkte **pignus judiciale** berechtigt nicht zum Verkauf des ganzen Immobile. S. 284; wohl aber zur **utilis actio communi dividundo** gegen die Miteigenthümer. S. 285.

Ansprüche der Letzteren gegen den Schuldner und Miterben aus Conferenden oder Vorschüssen können dieser Klage nicht opponirt werden. S. 286.

75. Einkommensteuer-Commission wider Dr. Mülhens . 287 — 291

Disciplinarstrafe gegen den Anwalt wegen unziemlicher Sprache. S. 287.

Realarrest zur Begründung der Forums gegen einen auswärts wohnenden hiesigen Bürger; Voraussetzungen der Zulässigkeit. S. 288.

Seite

76. Saraſin wider Durand-Morimbau . . . . . 292 — 301

Klage des Provocaten gegen den nach erhobener provoc. ad agend. von hier ſich entfernt habenden Provocanten, angeſtellt in foro provocationis. S. 295.

Vorausſetzungen des fori contractus. S. 296.

Die Vollmacht des Provocanten zur provoc. ad agend. legitimirt nicht zur Vertretung gegen die provocirte Klage. S. 296.

Die Anſtellung der provoc. ad agend. enthält für die Hauptklage die freiwillige Unterwerfung unter das forum provocationis. K. G. O. von 1855, Thl. II. Tit. 25 und J. R. A. § 83. S. 297. — Gleiche Wirkung hat die Betheiligung an einem Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß. S. 300.

77. D. wider W. . . . . 302 — 306

Prüfung geführten Beweiſes. S. 302. — Entſcheidende Momente für Zuerkennung des Suppletorium. S. 304.

Verpflichtung zur Fortentrichtung von Alimenten durch dreijährige gleichmäßige Leiſtung derſelben. S. 304.

78. Poirier wider Brisbois . . . . . 307 — 316

Klage gegen den Collecteur aus dem Verkauf eines für alle Claſſen indoſſirt-eingeſendeten Looſes auf Herausgabe des in dritter Claſſe darauf gefallenen Gewinnes, angeſtellt von einem Spieler, welchem aus früheren Lotterieziehungen ein den Kaufpreis nicht vollſtändig deckendes Guthaben bei dem beklagten Collecteur zuſtand. S. 310.

Einrede nicht erfolgter vollſtändiger Zahlung und nicht gehöriger Acceptation der Looſofferte. — Beweislaſt. S. 312 flg.

79. Doctor wider Reinganum . . . . . 317 — 324

Ungünſtige Subdeciſa bei günſtigem Deciſum werden nicht rechtskräftig. S. 320.

Einrede in der Duplik gegen einen erſt in der Replik ſubſtanziirten Klagepoſten. S. 321.

Anfechtung eines Heuergeſchäfts über Lotterieloose wegen dolus causam dans. S. 322.

80. Kahl, L. C., wider Kahl, Johanna Marie, geb. Wunderlich . 325 — 335

Prüfung geführten Beweiſes und Gegenbeweiſes. S. 325 flg.

Richterlicher Eid des Reproducenten bei künſtlichem Gegenbeweis auf die den Beweis zerſtörende Thatſache ſtatt auf die Negative des Beweisſatzes gerichtet. S. 331.

Beweis durch Experten, Durchſchnittsberechnung aus den Taxationsſummen; Vorausſetzung der Anordnung wiederholter Taxation durch andere Experten. S. 332 und 335.

Gutachten von Sachverſtändigen zur Inſtruction des Richters; Befugniß des Letzteren, ſolche nach ſeinem Ermeſſen zu benutzen. S. 333 und 334.

81. Heimbrecht, als Teſchau'ſcher Teſtamentsvollſtrecker, wider Barrentrapp . . . . . 336 — 344

In fremder Valuta verſprochene Zahlung iſt effectiv oder nach dem Tagescourſe zu leiſten. S. 339.

Einrede des fehlenden Intereſſe begründet auf die von dem Creditor bezweckte Verwendung der fremden Münze unſtatthaft. S. 343.

§ 7 der Einführungs-Ordnung zu der Wechſel-Ordnung auf Wechſelzahlungen beſchränkt. S. 341.

Verzugszinſen vom Tage der Interpellation, nicht erſt der Klagbehändigung zuzuerkennen. S. 342.

Seite

82. Schneider, M. C., geb. Abel, wider die Schneider'sche Debitmasse . . . . . 344 — 352

Separationsrecht der Ehefrau im Concurs des Ehemanns; die in Ref. I, 49. § 5, resp. III, 7. § 12 ausgesprochenen Verwirkungsgründe keiner Ausdehnung fähig. S. 347.

Die Ehefrau ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die gerichtliche Inhibirung der dem Ehemann gesetzlich zustehenden Verwaltung ihres Vermögens bei eintretender Gefahr für Letzteres zu verlangen. S. 346 und 347.

Die Verwirkung des Separationsrechts durch Geschäftsthätigkeit der Ehefrau tritt nicht ein bei ordnungsmäßiger Bekanntmachung der ihr vom Manne ertheilten Procura. S. 348.

Nachtheilige Geschäftsmaßregeln der Ehefrau als Procuristin des Ehemanns ohne Einfluß auf deren Separationsrecht. S. 351.

83. Cöln-Minden-Thüringer Eisenbahn-Gesellschaft wider Königswärter . . . . . 353 — 363

Klage einer Eisenbahn-Gesellschaft gegen den Unterzeichner von Actien auf statutenmäßige Einzahlung und Conventionalstrafe wegen Verzugs. S. 353 flg.

Aufnahme des Prozesses von Seiten des Fiskus als Erwerbers der betreffenden Bahn, resp. Cessionars der Gesellschaft. S. 353.

Erfordernisse der Activlegitimation des Cessionars; Verpflichtung zur Edition des Cessionsakts. S. 360.

Inwieweit ist Cession streitiger Forderungen und cessio in potentiorem unzulässig. S. 359.

Consens aus concludenten Thatsachen gefolgert. S. 362.

84. H. Th. F. M'sche Curatel . . . . . 364 — 371

Die testamentarische Befreiung der Administratoren eines Erbtheils von Rechnungsablegung greift auch gegen den später dem Erben gerichtlich bestellten curator prodigi Platz. S. 367.

Auslegung eines Testaments bezüglich der Rechnungspflichtigkeit der Administratoren. S. 368.

Testamentarisch eingesetzte Administratoren eines Erbtheils als Testamentsexecutoren anzusehen. S. 368.

85. Loos wider Balon . . . . . 372 — 376

Uebergang der Firma eines Verstorbenen auf Einen von mehreren Miterben. S. 374.

Erfüllungseid alternativ mit der Beweisauflage hinsichtlich derselben Thatsachen erkannt. S. 373.

Dispositionsacte im Gegensatz zu unbeschworenen Zeugnissen. S. 374.

86. Rhein-Schifffahrts-Assecuranz-Gesellschaft wider die Frankfurter Actien-Gesellschaft für Rhein- und Main-Schifffahrt . . . . . 377 — 386

Klage der Assecuranz-Gesellschaft aus dem Rechte der von ihr entschädigten Befrachter gegen den Rheder (Frachtführer) auf Ersatz der an dem Frachtgut entstandenen Schäden. S. 377 flg.

Vertragsmäßige Beschränkung der Haftung des Frachtführers für dolus oder culpa lata. S. 381.

Unterwerfung des Befrachters unter solche beschränkende Bestimmungen durch Unterzeichnung des darauf hinweisenden Frachtbriefs. S. 382.

**

Seite

Zuläſſige Klagverbeſſerung. S. 383.

Behauptung der culpa, ohne weitere thatſächliche Subſtanziirung, als Klagegrund. S. 384.

Haftung des Frachtführers für culpa ſeines Perſonals. S. 385.

Der Frachtführer kann den klagenden Befrachter nicht durch die exceptio excussionis an ſein Perſonal verweiſen. S. 386.

87. Württembergiſche Transport-Verſicherungs-Geſellſchaft wider die Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt . . . 387

88. See-, Fluß- und Land-Transport-Verſicherungs-Geſellſchaft Agrippina wider die Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt 388

89. Niederrheiniſche Güter-Aſſecuranz-Geſellſchaft wider die Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt 389

90. von Lepel wider M. A. von Rothſchild & Söhne . 390 — 400

Anſpruch des Inhabers von Partialobligationen au porteur gegen den Bankier, durch welchen das Anlehen contrahirt worden, auf Erſatz des durch unterlaſſene, resp. vernachläſſigte Wahrung der Rechte gegen den Debitor entſtandenen Schadens. S. 390.

Stellung des Bankiers als Mandatars gegenüber den Obligations-Inhabern. S. 390.

Nach Ablauf der planmäßig für Auslosung der Obligationen beſtimmten Friſt iſt der noch unvertheilte Betrag unter die nicht befriedigten Gläubiger pro rata, nicht durch Auslosung zu diſtribuiren. S. 392.

Zinſeszinſen, ausnahmsweiſe zuläſſig. S. 393.

Klagänderung, unterſchieden von Replik. S. 397.

Der Bankier hat ſich für die Speſen der Heimzahlung eines Anlehens nur an den Schuldner zu halten. S. 399.

91. Pflegamt des Verſorgungshauſes wider die R. Burnitz'ſchen Erben . . . . . 401 — 414

Prüfung geführten Beweiſes. S. 404 flg.

Einfluß nachläſſiger Beweisantretung auf die Beweislaſt. S. 407.

Auslegung der Beweisantretung in dem dem Beweisinterlocute entſprechenden Sinn. S. 409.

Vervollſtändigung des Experten-Gutachtens durch dieſelben Sachverſtändigen. S. 411.

92. D. Wolff's Erben wider Walluf . . . . . 415 — 420

Realſervitut, daß auf dem Nachbargrundſtück kein Gebäude errichtet werden dürfe. S. 418; Conſtituirung derſelben durch Vertrag, resp. Vorbehalt bei Veräußerung eines Grundſtücks. S. 418.

Auslegung der Verkaufsbedingungen in dieſer Richtung. S. 418.

Conſequenzen aus der Untheilbarkeit ſolcher Servitut bei Parcellirung der Grundſtücke. S. 419.

Seite

93. von Mühlen wider Dr. jur. — . . . . . 421 —428

Competenz des Gerichts für nicht ſtreitige Sachen zur Feſtſtellung der geſetzlichen, wenn auch unter den Betheiligten ſtreitig gewordenen Honorarforderung des Advocaten, resp. Curators. S. 423 flg.

Anfechtung der deßfallſigen Entſcheidung. S 424.

Grundſätze bei Beſtimmung des Honorars für Curatoren. S. 426.

94. Schwabacher wider Wigard . . . . . 429 — 439

Pfandklage auf gerichtlichen Verkauf verpfändeter Papiere au porteur von Seiten des im Beſitze befindlichen Creditors. S. 432.

Aufrechterhaltung der auf den Pfandverkauf mitgerichteten Schuldklage als Pfandklage. S. 432.

Competenz des forum rei sitae für die Klage aus Verpfändung von Staatspapieren au porteur. S. 433.

Auslegung des Pfandvertrags hinſichtlich der Befugniß des Creditors zum Verkaufe der verpfändeten Staatspapiere bei Sinken des Courſes. S. 435.

95. Buck wider Weyland . . . . . 440 — 442

Feſtſtellung des Gegenſtands und Ermittlung des Ergebniſſes der Beweis- und Gegenbeweisführung. S. 440.

96. Buhl wider Gläntzer . . . . . 443 — 445

Klage ex emto; Beweislaſt hinſichtlich des Einwands des Beklagten, für fremde Rechnung contrahirt zu haben. S. 443 flg.

Replicando verſuchte Benutzung des Inhalt einer Einrede als ſelbſtſtändigen Klagegrunds. S. 445.

97. Ruppel wider Reif & Söldner . . . . . 446 — 447

Reſtitution gegen den Ablauf der Appellations-Einführungsfriſt nachgeſucht wegen dolus des Appellaten und eigenen Irrthums über Ergebniß gepflogener Vergleichsverhandlung. S. 446.

98. Pfretzſchner wider Fürth . . . . . 448 — 459

Vindication von Waaren von Seiten des Ceſſionars des Eigenthümers. S. 448.

Verkauf von Waaren durch Uebergabe derſelben mit der Beſtimmung, daß der von dem Empfänger zu erzielende Erlös dem Trabenten zu gut komme. S. 454.

99. B. wider B., geb. S. . . . . 460 — 468

Klage des Vaters gegen die Mutter auf Herausgabe des gemeinſamen ehelichen Kindes. S. 460.

Vertrag über zeitweilige Separation der Ehegatten, Wirkungen. S. 463.

Rechtliche Wirkung des Vertrags ſeparirt lebender Eltern über Aufenthalt und Erziehung der Kinder bei der Mutter. S. 463.

Verhältniß des Erziehungsrechts des Vaters zu dem der Mutter; ausnahmsweiſer Vorzug des Letzteren. S. 464.

Aufhebung des Vertrags bei Verletzung der dem Vater vorbehaltenen Rechte. S. 465.

Appellation wegen zweideutiger Ausdrucksweiſe des Urtheils. S. 468.

Auszüge aus früheren Entscheidungen.

		Seite
Zu 42.	Dreßler wider Heeser. 1829	13
„ 43.	Schwarzschild wider die Taunus-Eisenbahn. 1840	31
„ 43.	Westhofen wider Schwalb. 1850	32
„ 49.	Bethmann wider Cramer. 1841	88
„ 55.	Berolzheimer wider du Fay & Comp. 1840	142
„ „	Gontard & Sohn wider Ehlermann cur. bon. 1840	142
„ „	Administration des Nachlasses des Landgrafen von Hessen wider Baruch. 1844	143
„ „	Laubinger wider Schnabel. 1834	144
„ „	Brückner wider Wendel und Dr. Zeitmann. 1835	145
„ 65.	Gossi wider Mettenheimer und Simon. 1851	210
„ 66.	R. wider R. 1839	214
„ „	W. wider W. 1840	215
„ „	H. wider H. 1842	215
„ 70.	Barrell wider Weidenbusch. 1835	254
„ „	von Leonhard und Blum wider Stiebel. 1837	255
„ „	Heintz wider Heintz. 1848	255
„ 71.	Klemm, geb. Kummer, wider Lemmé. 1853	264
„ „	Wiesenburg wider Lemmé. 1853	265
„ 73.	Leonhardt wider die Bauamts-Eisenbahn-Commission. 1848	274
„ 74.	Liebtreu wider Itzel. 1841	284
„ 77.	Ziegler wider Schmidt. 1837	305
„ 80.	Brunnitz wider von Rothschild. 1851	333
„ „	Nagel wider die Stadtkämmerei. 1853	334
„ 83.	Scholl & Mörs wider Beyschlag. 1853	363
„ „	Pörtner wider Hermann. 1849	363

42.

Wittwe **Dorothea Maria Kremenz**, vorher verehelichte Hahn und Michel, geb. Stamminger, Klägerin und Widerbeklagte, wider **Anna Elisabetha Horst**, geb. Schwalb, Beklagte und Widerklägerin, wegen Miethzinsforderungen und Gegenforderungen.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 12. August 1852.

— — — — — — — — —

2) Die Klägerin tritt zwar als einzige Beneficial-Erbin ihres Sohnes, des verstorbenen Bierbrauermeisters Johann Georg Hahn auf; allein sie macht Erbansprüche, namentlich in Bezug auf die Statutgebühr desselben, in der Klage nicht geltend, behält sich diese nur vor. Der einzige Gegenstand der Klage ist eine Miethzinsforderung der Klägerin an ihren verstorbenen Sohn und dessen gleichfalls verstorbene Ehefrau, die Erblasserin der Beklagten, für diesen Eheleuten überlassene Wirthschaftslocalitäten und Utensilien nebst Wohnung vom 25. October 1848 bis zum 17. November 1851 à fl. 200 per Jahr, mit fl. 712. 13 kr., wofür, als eine Solidarschuld der Hahn'schen Ehefrau, die Beklagte ganz aufkommen soll.

3) Die Letztere hat zwar den Abschluß eines deßfallsigen Miethvertrags geleugnet, aber nicht mit der nach Art. 34 der Prozeßordnung von 1819 und § 37 des jüngsten Reichsabschieds erforderlichen Bestimmtheit in Abrede gestellt, daß die fraglichen Localitäten und Utensilien den Hahn'schen Eheleuten bei deren Verehelichung von der Klägerin zum Gebrauche überlassen und von ihnen seitdem benutzt worden sind, nicht weniger, daß der Miethwerth dieser Gegenstände, auch wenn kein Miethvertrag ausdrücklich abgeschlossen

worden ſein ſollte, dennoch nach Üblichkeit auf fl. 200 jährlich anzuſchlagen iſt. Da die unentgeltliche Überlaſſung nicht vermuthet werden kann, ſo iſt der Klaganſpruch in ſo weit liquid. Da indeſſen

4) die Solidarverpflichtung der Hahn'ſchen Ehefrau nur der Gläubigerin als ſolcher gegenüber beſtanden hat und der Ehemann als Mitſchuldner für die Hälfte verhaftet war, ſo folgt, daß die Klägerin, nachdem ſie Erbin ihres Sohnes geworden iſt, deſſen halben Antheil an jener Schuld ſich aufrechnen laſſen muß, mithin gegen den Nachlaß ihrer Schwiegertochter nur die andere Hälfte einklagen kann.

5) Aus dem von der Beklagten ſofort gelieferten Nachweis, daß die Klägerin die Wirthſchafts-Utenſilien am 22. October 1850 an die Ehefrau ihres Sohnes verkauft und wegen des fraglichen Hauſes an gleichem Tage einen ganz neuen Miethvertrag mit beiden abgeſchloſſen hat, folgt von ſelbſt, daß von da an das frühere Verhältniß aufgelöſt war und die Klägerin nicht berechtigt iſt aus dieſem älteren Verhältniß einen Miethzins ferner zu beanſpruchen.

Die Forderung der Klägerin iſt daher auf den Zeitraum vom 25. October 1848 bis zum 22. October 1850, alſo auf zwei Jahre weniger drei Tage, zu beſchränken und beträgt fl. 398. 20 kr. oder zur Hälfte fl. 199. 10 kr.

6) Aus dem neuen Miethvertrag vom 22. October 1850 iſt keine Klage erhoben, derſelbe kommt deßhalb hier nicht weiter in Betracht.

7) Die Klägerin räumt ein, den von der Beklagten beigebrachten Schuldſchein über ein von ihrer Schwiegertochter empfangenes Darlehn von fl. 300 ausgeſtellt zu haben und gibt zu, daß dieſes Darlehen von der Letzteren wirklich ausbezahlt worden iſt, behauptet jedoch, daß — -- —. Die klägeriſchen Einwendungen gegen die auf dieſes Darlehn von fl. 300 von der Beklagten gegründete Compenſationseinrede ſind deßhalb zu verwerfen, die letztere iſt begründet und damit das ganze Klagwerk elidirt.

Da indeſſen das nämliche Darlehen von der Beklagten zugleich widerklagend geltend gemacht worden iſt, ſo iſt ihr der Beweis ihrer weiteren Einrede der Zahlung nachzulaſſen

— — — — — — — — —

II. Widerklagend fordert die Beklagte:

1) Zahlung des Restes eines von der Juliane Hahn der Klägerin persönlich gemachten Darlehens von fl. 700 mit fl. 25. 32 kr.

2) — — — — — — — — —

3) Herauszahlung des der Klägerin persönlich gemachten Darlehns von fl. 300, nebst 5 pCt. Verzugszinsen seit mitgetheilter Widerklage;

4) — — — — — — — — —

5) will die Klägerin auf den Grund des Testaments ihrer Erblasserin, dessen Inhalt sie auszugsweise anführt, ausgesprochen haben, daß dem Erblasser der Widerbeklagten, Johann Georg Hahn, ein Anspruch auf die Statutgebühr bei der Verlassenschaft seiner Ehefrau nicht zugestanden habe.

Die Widerbeklagte räumt ein, daß Juliane Hahn, geborene Winter, das fragliche Testament am 7. November 1851 zu Hanau errichtet und darin ihren Ehemann vollständig, namentlich auch rücksichtlich der Statutgebühr, enterbt hat. Sie ficht aber im Wege der Einrede die Gültigkeit dieser letztwilligen Verfügung an, indem sie die von der Testirerin angegebenen Enterbungsgründe bestreitet und, auf das statutarrechtliche Erbrecht des Ehemannes Bezug nehmend, als dessen Erbin den gesammten Mobiliarnachlaß ihrer Schwiegertochter in Anspruch nimmt und damit alle widerklagend gegen sie geltend gemachten Forderungen zu beseitigen versucht.

Allein dieses Vorbringen ist, abgesehen von der Frage: ob die beiden Darlehensforderungen von fl. 25. 32 kr. und fl. 300 überhaupt zum Mobiliarnachlaß der Hahn'schen Ehefrau gerechnet werden könnten? offenbar verspätet. Aus den kurzer Hand eingesehenen stadtgerichtlichen Acten über den Nachlaß der Juliane Hahn, sowie der Acten über den Nachlaß ihres später verstorbenen Ehemannes ergibt sich sofort, daß der Tod der ersteren, deren Testament und die Erbantretung der Anna Elisabetha Horst, geborene Schwalb, dem überlebenden Ehemanne am 21. Januar 1852 officiell mitgetheilt worden ist, und daß derselbe das Testament seiner Ehefrau bis zu seinem am 12. October 1852 erfolgten

Tode nicht angefochten hat, was nach Vorschrift der Reformation Thl. IV. Tit. 10. § 2. längstens binnen sechs Monaten nach jener Kenntnißnahme hätte geschehen müssen. Zwar hatte der vorstorbene Hahn in seiner so rubricirten Erbschaftsantretung vom 12. Februar 1852 seine Absicht, jenes Testament anzufechten, allerdings zu erkennen gegeben; aber die wirkliche Anfechtung ist niemals erfolgt, und diese kann durch jene vorläufige Anzeige keineswegs ersetzt werden, wie in Sachen

Heeser ca. Dreßler, ad acta Heeser Nachlaß 1825

von dem Stadtgericht unter Bestätigung des Ober-Appellationsgerichts erkannt worden ist. Die Gültigkeit des Testaments, aus welchem die Widerklägerin ihre Ansprüche herleitet, stehet demnach fest und die ohnehin bloß einredeweise zu spät versuchte Anfechtung von Seiten der Widerbeklagten kann keine Beachtung finden.

Was nun die Widerklagposten selbst anlangt, so sind

1) der Darlehensrest von fl. 25. 32 kr.

— — — — — — — — —

3) Die Darlehensforderung von fl. 300 an sich liquid und die Widerbeklagte hat, insoweit sie persönlich die Schuldnerin ist, unbedingt, in sofern sie als Beneficialerbin ihres Sohnes in Anspruch genommen ist, soweit dessen Nachlaß reicht, dafür aufzukommen.

— — — — — — — — —

Demnach wird zu Recht erkannt:

— — — — — — — — —

2) Die Klägerin wird mit ihrer Klagforderung theils wegen Grundlosigkeit, theils als durch Compensation getilgt, abgewiesen.

3) Der Beklagten als Widerklägerin wird nachgelassen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen darzuthun,

daß die Miethzinsforderung der Klägerin vom 25. October 1848 bis zum 22. October 1850 entweder baar oder mittelst Zahlung der Zinsen von dem auf dem klägerischen Hause haftenden Insatzcapital durch die Hahn'sche Eheleute berichtigt worden ist.

4) Die Widerbeklagte wird, unter Verwerfung ihrer verspäteten Anfechtung des Testaments der Juliane Hahn geb. Winter, d. d. Hanau 7. November 1851 und ihres grundlosen Restitutionsgesuchs, schuldig erkannt, binnen 14 Tagen

a) den Darlehensrest von fl. 25. 32 kr. zu bezahlen; sie vermöchte denn binnen gleicher Frist salva reprob. zu erweisen:

daß das fragliche Darlehen — — — — simulirt ist, — — —

b) das Darlehn von fl. 300 nebst 5 pCt. Zinsen seit mitgetheilter Widerklage (28. Februar 1853) abzüglich ihrer Miethzinsforderung von fl. 199. 10 kr. mit noch fl. 100. 50 kr., oder im Fall der Führung des der Widerklägerin ad 3. nachgelassenen Beweises vollständig zu bezahlen;

— — — — — —

6) Der Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Auf Appellation der Klägerin wurde das angefochtene Erkenntniß durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 19. October 1853 bestätigt unter Berichtigung eines Rechnungsfehlers, indem die eingeklagten Miethzinsen vom 25. April 1848 (nicht 25. October 1848) bis 22. October 1850 — fl. 498. 20 kr. betragen, und daher zur Hälfte mit fl. 249 10 kr. an der compensando und reconveniendo geltend gemachten Darlehensforderung von fl. 300 in Abzug zu bringen waren.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. Januar 1855.

Auf weitere Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, die Erkenntnisse des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 19. October 1853 und des Stadtgerichts vom 12. August desselben Jahres, wie hiemit geschieht, dahin abzuändern seien, daß

1) die Klägerin mit ihrer Klage noch zur Zeit nicht abzuweisen, vielmehr, falls Beklagte den unter 3. des Stadtgerichts-Erkenntnisses ihr auferlegten Beweis der Zahlung nicht erbringen sollte, die eingeklagte Miethzinsforderung zum Betrage von fl. 498. 20 kr., nach Abzug dessen, was die Klägerin bis zur Hälfte dieser Summe aus dem Nachlasse ihres Sohnes Johann Georg Hahn empfangen hat, für liquide zu erkennen, die Beklagte aber befugt sei, soweit erforderlich nicht nur ihre Darlehensforderung von fl. 300 nebst Zinsen zu fünf Procent seit angestellter Wiederklage, sondern, falls Klägerin den ihr unter 4 a des Stadtgerichtserkenntnisses nachgelassenen Beweis nicht führen sollte, auch den Darlehensrest von fl. 25. 32 kr. in Aufrechnung zu bringen; und

2) die unter 4 b des Stadtgerichtserkenntnisses geschehene Verurtheilung der Klägerin und Widerbeklagten zur Bezahlung des obengedachten Darlehens von fl. 300, sowie die unter 4 a daselbst enthaltene eventuelle Verurtheilung hinsichtlich des Darlehensrestes von fl. 25. 32 kr. nur für den Fall einzutreten habe, daß die Beklagte und Widerklägerin den Beweis unter 3. des Stadtgerichts-Erkenntnisses, zu führen vermöchte;

daß im Übrigen aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu bestätigen sei.

Die Kosten dieser Instanz sind zu compensiren, und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde der Klägerin hat die eingeklagte Miethforderung zum Gegenstande und betrifft, nachdem der Rechnungsfehler des Stadtgerichts vom Appellationsgerichte berichtigt worden ist, noch folgende zwei Punkte:

A. daß die Beklagte aus dem Grunde, weil die Klägerin Erbin ihres für die fragliche Forderung mit verpflichteten Sohnes geworden, nur noch für die Hälfte aufkommen solle;

B. daß die Klägerin mit dieſer Forderung für den Zeitraum ſeit dem 22. October 1850 überhaupt und eventuell, daß ſie gänzlich und nicht bloß angebrachtermaaßen abgewieſen ſei.

ad A. Die Klägerin macht gegen dieſe Entſcheidung des Stadtgerichts geltend

1) daß die fragliche Schuld eine ſolche ſei, für welche, weil ſie zum Behuf der ehelichen Nahrung contrahirt ſei, die verſtorbene Frau Hahn ſolidariſch gehaftet habe, und folglich auch die Beklagte als deren alleinige Erbin ſolidariſch haften müſſe. Sie ſcheint ſich alſo auf den Grundſatz berufen zu wollen, daß, wenn von zwei correi debendi auch der Eine von dem Gläubiger beerbt wird, gleichwohl ungeachtet der ihm gegenüber eingetretenen confusio, die Forderung auf das Ganze gegen den übrig bleibenden correus beſtehen bleibe.

L. 71. pr. D. de fidejussor.

Allein bekanntlich leidet dieſer Grundſatz dann eine Ausnahme, ſo daß wirklich die Forderung pro rata des verſtorbenen und vom Gläubiger beerbten correus indirekt aufgehoben wird, wenn die correi in einem ſolchen Verhältniſſe zu einander ſtehen, daß der, welcher das Ganze geleiſtet hat, von dem Andern pro rata Erſatz fordern kann, und in einem ſolchen Verhältniſſe ſtehen Ehegatten in Beziehung auf Eheſchulden unſtreitig. Dieſer Grund ſchlägt alſo nicht durch.

Nun beruft ſich die Klägerin aber

2) auch darauf, daß ſie den Nachlaß ihres Sohnes nur cum beneficio inventarii angetreten habe, und nach dem errichteten Inventar der Nachlaß lange nicht die Hälfte der eingeklagten Forderung betrage. Und dieſem Einwande iſt von den vorigen Richtern nicht die gehörige Berückſichtigung zu Theil geworden.

Was zuvörderſt die Bedingungen des Beneficiums betrifft, ſo ſind dieſe von der Klägerin zwar nicht erfüllt, indem dieſelbe erſt am 30. November, mithin erſt faſt ſieben Wochen nach dem am 12. October erfolgten Tode ihres Sohnes mit dem Antrage auf Inventur ſeines Nachlaſſes eingekommen iſt, während das Frankfurter Recht hiezu eine Monatsfriſt vorſchreibt.

Reform VI. 3. § 1.

Allein die Reformation bedroht die Nichteinhaltung dieſer geſetzlichen Friſt, abweichend von dem gemeinem Rechte, nicht mit dem Verluſte des Beneficiums, ſondern nur mit einer Geldſtrafe.

Anlangend aber die Wirkungen der Antretung cum beneficio, ſo führen dieſe — nämlich daß die Forderung des Erben an den Erblaſſer nicht durch Confuſion erliſcht, und daß der Erbe nicht ultra vires hereditatis haftet — an ſich nothwendig dahin, daß im vorliegenden Falle die Beklagte wegen der ganzen Miethforderung, mit alleinigem Abzuge deſſen, was der Klägerin aus der Erbſchaft ihres Sohnes zugekommen iſt, in Anſpruch genommen werden kann. Denn es liegt der Grund, warum trotz des Todes des einen correus und deſſen Beerbung durch den gemeinſchaftlichen Gläubiger in dem Falle, wenn beide correi in einem Societätsnexus ſtanden, der Gläubiger von dem überlebenden correus nur die Hälfte fordern kann, einzig und allein darin, weil er ihm als Erbe des Verſtorbenen die andere Hälfte doch wieder erſtatten müßte. Braucht die Klägerin als Beneficialerbin der Beklagten nun aber nur das herauszuzahlen, was ſie aus dem Nachlaſſe ihres Sohnes erhalten hat, ſo kann ſie das Übrige einklagen, und zwar iſt, da gegen die Beklagte rechtskräftig feſtſteht, daß ſie die Hälfte der Miethforderung, ſoweit begründet, jedenfalls bezahlen muß, die Verpflichtung der Klägerin, ſich das von ihrem Sohne Ererbte anrechnen zu laſſen, bis auf dieſe Hälfte zu beſchränken.

ad B. Die Klage iſt darauf gegründet, daß die Klägerin den Hahn'ſchen Eheleuten am 25. April 1848 den Betrieb der Wirthſchaft in ihrem, der Klägerin, Hauſe mit allen dazu nöthigen Geräthſchaften, ſowie den erſten Stock des Hauſes zur Wohnung, gegen einen jährlichen Miethzins von fl. 200 überlaſſen habe.

Nun aber ſteht es durch die von der Beklagten excipiendo beigebrachten und von der Klägerin anerkannten Urkunden feſt, daß am 22. October 1850 die Klägerin einestheils ihre geſammten Mobilien und Wirthſchafts-Utenſilien ihrer Schwiegertochter, der Frau Hahn, verkauft und anderntheils ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter ihr ganzes Haus für fl. 400 vermiethet hat.

Dieß iſt alſo ein ganz anderes Miethverhältniß, als dasjenige, woraus geklagt iſt, ſowohl den vermietheten Gegenſtänden als dem

Miethzins nach. Beide können nicht zusammen bestehen, als das zweite begann, muß das erste aufgehört haben. Das Stadtgericht hat daher mit vollem Rechte die eingeklagte Forderung aus dem ersten Miethverhältnisse nur bis zum 22. October 1850 als begründet anerkannt, von da ab aber gänzlich abgewiesen.

Denn wenn die Klägerin vermeint, daß für diese spätere Zeit jedenfalls nur eine Abweisung angebrachtermaaßen hätte erfolgen können, so ist das ohne Grund. Gegründet wäre dieß, wenn die Klägerin in der Replik für die spätere Zeit ihre Klage verändert, erhöhet, und aus dem Miethvertrage vom 22. October 1850 von da ab fl. 400 per Jahr gefordert hätte. Denn dann läge insoweit nur eine unzulässige Klagänderung vor, und es dürfte dann der Klägerin die Anstellung einer neuen Klage aus diesem Fundamente nicht abgeschnitten werden. Allein dieß ist nicht der Fall. Vielmehr geht das Petitum der Replik ausdrücklich dahin, in der Vorklage den früheren Bitten und Anträgen gemäß zu verfügen. Die Klägerin nimmt also nach wie vor auch für die Zeit nach dem 22. October 1850 ein Recht aus dem alten Miethverhältnisse in Anspruch, und dieß ist, wie gezeigt, ein materiell völlig unbegründetes Verlangen.

Nach der Ausführung unter A. muß nun aber das Stadtgerichts-Erkenntniß eine wesentliche Abänderung erleiden.

Das Stadtgericht hat nämlich einmal, davon ausgehend, daß die eingeklagte Miethforderung, soweit überall an sich begründet, ganz abgesehen von der Einrede der Zahlung, durch die compensando geltend gemachte Gegenforderung von fl. 300 getilgt sei, die Klägerin bereits abgewiesen, und nur in Beziehung auf die Widerklage auf Beweise erkannt. Es hat ferner die Klägerin als Widerbeklagte sub 4a schuldig erkannt, das Darlehn von fl. 300 abzüglich ihrer Miethzinsforderung von fl. 199. 10 kr., mit noch fl. 100. 50 kr. oder im Fall der Führung des der Widerklägerin nachgelassenen Beweises der Zahlung des Miethzinses vollständig zu bezahlen. Dieses zweite Decisum ist bereits vom Appellationsgerichte dahin berichtigt worden, daß es heißen müsse, abzüglich ihrer Miethzinsforderung von fl. 249. 10 kr., mit fl. 50. 50 kr.

Es war nunmehr die Abweisung der Klage und die Verur-

theilung der Widerbeklagten in die fl. 300 nur für den Fall zu bestätigen, daß Widerklägerin den Beweis der Zahlung des eingeklagten Miethzinses führen wird.

II. Die zweite Beschwerde geht dahin, daß in reconventione der mittelst Anfechtung des Testaments ihrer Schwiegertochter geltend gemachte Anspruch auf die Statutgebühr ihres Sohnes als verspätet und das deßfallsige Restitutionsgesuch als unbegründet verworfen worden sei.

Zunächst mußte sich hier die Frage aufdringen, ob es zulässig sei, cumulativ zwei Ansprüche, die Miethzinsforderung und die Forderung der Statutgebühr, geltend zu machen, welche, da die Klägerin mit der Statutgebühr die Verpflichtung übernehmen würde, alle Eheschulden, also auch den eingeklagten Miethzins zu bezahlen, und daher die Einklagung des Miethzinses gegen die Testamentserben die Anerkennung der Ausschließung ihres Sohnes von der Statutgebühr involvirt, in direktem Widerspruche mit einander zu stehen scheinen. Indessen konnte diese Frage auf sich beruhen bleiben, da die vorigen Richter den Anspruch der Klägerin auf die Statutgebühr mittelst Anfechtung des Testaments ihrer Schwiegertochter mit Recht als verspätet zurückgewiesen haben.

A. die im vorliegenden Fall einzuhaltende Frist beträgt sechs Monate.

1) Allerdings zwar findet sich unter den in der Reformation Thl. IV. Tit. 9. aufgeführten Fällen, in welchen Testamente angefochten werden können und für welche in dem folgenden 10ten Titel die Anfechtung binnen halb- resp. einjähriger Frist vorgeschrieben ist, der Fall einer widerrechtlichen Entziehung der Statutportion nicht speciell mit aufgeführt. Allein der § 1. des 10ten Titels besagt nicht, daß jene Anfechtungsfrist nur in diesen Fällen eingehalten werden solle. Da nun der im § 1. angeführte Grund für die Bestimmung der vom gemeinen Recht abweichenden kurzen Frist, damit nämlich die Erben und Legatare nicht für und für deßhalb in Sorgen stehen müssen, auch in Fällen entzogener Statutgebühr eintritt, so hat es schon an sich alles für sich, diesen Fall nach der Analogie jener anderen Fälle zu behandeln.

Dazu kommt

2) daß für die Anfechtung von Teſtamenten aus andern Gründen, als den im Tit. 9 des 4ten Buchs namhaft gemachten in der Reformation überall keine beſondere Friſt beſtimmt iſt, mithin, wenn man bei Teſtamentsanfechtung wegen entzogener Statutportion den Tit. 10 cit. nicht anwenden wollte, nichts übrig bleiben würde, als die höchſt unwahrſcheinliche Annahme, daß es für dieſe Anfechtung bei der gemeinrechtlichen Verjährungszeit von 30 Jahren habe bleiben ſollen. Auch findet ſich in vielen der Frankfurter Reformation nahe verwandten Rechten die kurze einjährige Friſt ganz allgemein für alle Teſtamentsanfechtungen vorgeſchrieben.

Nürnberger Reform. von 1564. Thl. IV. Tit. 29.
Landgerichts-Ordnung des Herzogthums Franken von 1618. Tit. 57.
Hohenloher Landrecht von 1738. Thl. 4. Tit. 9. § 3.

3) Man kann auch nicht etwa einwenden, daß nach der Beſtimmung der Reformation Thl. V. Tit. 7. der widerrechtliche Ausſchluß eines Ehegatten von der Statutgebühr nicht ſowohl das Teſtament nichtig mache, als vielmehr unbeſchadet der übrigen Gültigkeit des Teſtaments, ſelbſt kraftlos und nichtig ſein ſolle; die im Thl. IV. Tit. 9. aufgeführten Fälle dagegen ſolche ſeien, wo das Teſtament ſelbſt entweder gleich Anfangs nichtig iſt, oder es ſpäter wird. Denn auch hier finden ſich ſolche Fälle aufgeführt, in denen das Teſtament nur theilweiſe nichtig wird, theilweiſe dagegen beſtehen bleibt.

Tit. 9 cit. § 5. 6. 7.

Endlich

4) kommt in Betracht, daß nicht nur in keinem Schriftſteller über das Frankfurter Recht ſich etwas darüber bemerkt findet, daß in Fällen wie der vorliegende eine andere Friſt als ſie im Titel 10 cit. vorgeſchrieben, eintrete, ſondern die Anwendung dieſer Vorſchrift auf ſolche Fälle in früheren an das Ober-Appellationsgericht gelangten Prozeſſen als eine ausgemachte Sache behandelt iſt, wie denn auch beide Localgerichte in dem gegenwärtigen Falle bei dieſer Anwendung kein Bedenken gefunden haben.

War nun aber in dieſem Falle das Teſtament der Hahn'ſchen Ehefrau binnen ſechs Monaten anzufechten, ſo iſt

B. die Versäumniß dieser Frist völlig klar.

Die Frist zur Anfechtung des Testaments beginnt nämlich zu laufen in dem Augenblicke, wo nach dem Tode des Testirers und dem erfolgten Erbschaftsantritte diejenigen, welche das Testament anfechten wollen, dessen in Erfahrung kommen.

Reform. IV. Tit. 10. § 2.

Das heißt soviel das Testament betrifft, nur eine allgemeine Kenntniß desselben erlangen, und wird unterbrochen durch die wirkliche Anstellung der Klage. Beides ist vom Ober-Appellationsgerichte in der von den neueren Schriftstellern über das Frankfurter Recht

Bender Handbuch. Seite 581,

Souchay Anmerk. II. Seite 834,

angeführten Rechtssache

Dreßler Ehefrau ca. Heeser 1829 *)

ausführlich begründet, und es sind diese den Entscheidungen der Frankfurter Gerichte entsprechenden Grundsätze, soviel namentlich den Anfangspunkt des Fristenlaufs betrifft, auch durch ein neueres Präjudicat als richtig anerkannt worden.

Souchay a. a. O. II. Seite 833 und 834.

Da nun im gegenwärtigen Falle dem Ehemanne der Testirerin sogar eine Abschrift des gerichtlichen Testaments am 24. Januar 1852 durch das Stadtgericht II. mitgetheilt worden ist, der erste wirklich auf Anfechtung dieses Testaments gerichtete Antrag aber nur in dem Petitum der von der Klägerin am 30. April 1853 in gegenwärtiger Sache übergebenen Replik gefunden werden kann, indem sowohl die von dem Wittwer Johann Georg Hahn am 12. Februar 1852 beim Stadtgericht II. übergebene Erklärung, als auch die gegenwärtige am 23. December 1852 übergebene Klagschrift in dieser Beziehung nur einen Vorbehalt enthält, so ist die Versäumung der Frist klar, und es bedürfen alle hierauf sich beziehenden frivolen Einwendungen der Klägerin um so weniger noch einer Widerlegung, als, selbst wenn man die Frist erst von dem Tage an beginnen lassen könnte, wo die formelle Gültigkeit

*) Siehe Seite 13.

des Teſtaments vom Stadtgerichte für erwieſen angenommen worden iſt, nämlich am $^{27}/_{30}$. Auguſt, gleichwohl die Friſt verſäumt ſein würde.

Eben daher fehlt es auch für die Gewährung der eventuell nachgeſuchten Reſtitution an jeder justa causa.

Bei der in Folge der erſten Beſchwerde ergehenden weſentlichen Abänderung der vorigen Erkenntniſſe mußten die Koſten dieſer Inſtanz compenſirt werden.

Entſcheidungsgründe zu dem auf S. 12 angezogenen Urtheil in Sachen **Dreßler** wider **Heeſer.**

In der vorliegenden Sache frägt es ſich:

1) ob der Implorant die in der Frankfurter Reform. Thl. IV. Tit. 10. für den Fall einer Teſtamentsanfechtung vorgeſchriebene einjährige Friſt gewahrt habe,
2) ob nicht jedenfalls dem Imploranten rechtmäßige Verhinderungen zur Seite ſtehen, um derentwillen er mit ſeiner Teſtamentsanfechtung jetzt noch zugelaſſen werden könnte?

Beide Fragen ſind jedoch zu verneinen geweſen. Was nämlich die erſte Frage anlangt, ſo verordnet die Reformation, daß Diejenigen, welche ein Teſtament anzufechten gemeint ſind, innerhalb der beſtimmten Friſt, dieſe gerechnet nach Abſterben des Teſtirers und nachdem die Erben die Erbſchaft angetreten, auch die ſo das Teſtament anfechten wollen, deſſen in Erfahrung (oder wie es im § III. heißt, in Erfahrung des Teſtaments) kommen, die Widerfechtung im Rechten gebührlicher Weiß fürnemen, ausführen und rechtlichen Beſcheides darüber erwarten ſollen. In der gegenwärtigen Sache iſt nun das Heeſer'ſche Teſtament am 28. Januar 1825 publicirt, die Teſtamentserbin am 16. Februar 1825 in die Erbſchaft eingeſetzt und in der Eingabe des Imploranten vom 28. Januar 1826 von ihm ſelbſt angeführt worden, daß er die Exiſtenz eines Teſtaments, wodurch die Imploratin zur Univerſalerbin eingeſetzt worden ſei, erfahren habe. Da er aber gleichwohl am 23. October 1827, an welchem Tage der Präcluſions-Antrag von der Imploratin übergeben wurde, mit der Anfechtungsklage noch nicht hervorgetreten war, ſo iſt es klar, daß die geſetzliche

Frist Eines Jahrs zu dieser Zeit abgelaufen und auf die Präclusion des Imploranten zu erkennen war, wie solches durch das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 31. October 1827 geschehen ist.

Zwar wird von dem Imploranten eingewandt, daß diese Frist erst von der Zeit, da man den Inhalt des Testaments gekannt habe, zu laufen anfange, und daß ihm daher der bloße Ablauf der Zeit nicht präjudizirlich sei, indem ihm damals die Abschrift des Testaments, worum er in der Eingabe vom 28. Januar 1826 gebeten hatte, noch nicht mitgetheilt worden; allein hierin konnte demselben nicht beigepflichtet werden. Denn die Worte der Verordnung „in Erfahrung des Testaments kommen" sprechen höchstens von einer allgemeinen Kenntniß des Inhalts des Testaments und lassen sich um so weniger von einer vollständigen Kenntniß desselben verstehen, je einleuchtender es ist, wie leicht dann der Zweck des Gesetzes, „daß die Erben, auch die Legatarien nicht für und für in Sorgen stehen sollen," von dem Kläger vereitelt werden könnte, in dessen Willkühr es nämlich gesetzt sein würde, von dem ganzen Inhalte des Testaments vollständige Kenntniß zu nehmen oder nicht zu nehmen und solchergestalt den Termin zur Anstellung der Klage nach Belieben hinauszurücken: zu geschweigen, daß es von Seiten eines Intestaterben, welcher erfahren hat, daß ein Testament zu seinem Nachtheil errichtet worden und welcher dasselbe anzufechten gemeint ist, eine große Nachlässigkeit sein würde, sich von dem Inhalte desselben in der hiezu ihm gelassenen, hinlänglich geräumigen Frist nicht Kenntniß zu verschaffen, die Verjährungsfristen aber eben eingeführt sind, um den anderen Theil gegen solche Nachlässigkeiten des Klägers sicher zu stellen.

Demnach kommt alles darauf an, ob nicht schon in der Eingabe des Imploranten vom 28. Januar 1826 eine Testamentsanfechtung im Sinne der Reformation gefunden werden könne? Dieß ist jedoch keineswegs der Fall. Denn schon die Worte des Gesetzes: „die Widerfechtung in Rechten gebührlicher Weiß fürnemen, ausführen und rechtlichen Bescheides erwarten" deuten unverkennbar auf das Anbringen einer Klage und deren gehörig fortgesetzte Verfolgung im Prozeß und können mithin von einem bloß präparatorischen Gesuch, wie die gedachte Eingabe ist, dem

der Implorant weiter keine Folge gab, nicht verstanden werden, wie sich denn auch

Orth in den Anmerkungen zu dieser Stelle, zweite Fortsetzung. Seite 402 und 403

so äußert, daß man nicht zweifeln kann, er rede von der Anstellung einer wirklichen Klage binnen der gesetzlichen Frist und sehe dieß, als etwas sich von selbst Verstehendes an.

Vergl. auch v. Adlerflycht Frankfurter Privatrecht Thl. II. Seite 580.

Könnten aber auch die angeführten Worte der Reformation zweifelhaft sein, so würden dieselben doch ihre Auslegung aus den Grundsätzen des Römischen Rechts erhalten müssen, weil der gedachte Titel der Reformation lediglich hinsichtlich der Dauer der für die Anfechtung eines Testaments statthabenden Verjährungsfrist etwas Besonderes, von dem Römischen Rechte Abweichendes, verordnet hat, mithin in Absicht der Frage, was zur Unterbrechung der Verjährung gehöre? wieder auf die Grundsätze des Römischen Rechts zurückzugehen ist. Diese bringen es aber bekanntlich als Regel mit sich, daß eine wirkliche Klage erhoben sein muß, wenn die gedachte Wirkung eintreten soll: und obgleich nach der, die Unterbrechung der Verjährung sehr begünstigenden l. 3. C. de annali except. unter Umständen schon eine, in sehr allgemeinen Ausdrücken abgefaßte Geltendmachung zuständiger Ansprüche die Verjährung hinsichtlich ihrer aller unterbricht, so wird doch immer hierbei von einer wirklich angestellten Klage mittelst Ladung des Gegners vor Gericht gesprochen.

Der Implorant bemüht sich zwar, die obgedachte Eingabe selbst so darzustellen, als wenn sie allenfalls schon als wirkliche Anfechtungsklage hätte betrachtet und demgemäß darauf decretirt werden können, ja sollen; allein dem steht der deutliche Inhalt derselben entgegen, indem es darin heißt: daß ohne vorgängige Mittheilung des Testaments, ohne Inspection der Verlassenschaftsacten und ohne vorher andere Materialien erhalten zu haben, die Klagschrift nicht ausgearbeitet werden könne, womit die Bitte verbunden ward, zur Einreichung der Testamentsanfechtungsklage selbst eine Frist von vier Wochen zu verwilligen.

Einiges Bedenken könnte nun aus l. 2. C. eod. entstehen,

woſelbſt ausnahmsweiſe im Nothfalle der bloßen gerichtlich angezeigten Verwahrung der behaupteten Anſprüche dieſelbe Wirkung wie einer förmlichen Klage beigelegt wird. Allein, wenn auch die mehrgedachte Eingabe als eine ſolche Verwahrung angeſehen werden dürfte, ſo leidet doch das Geſetz zu Gunſten des Imploranten aus einem anderen Grunde keine Anwendung, nämlich aus dem, weil hier kein Nothfall derſelben oder ähnlicher Art, wie in jener Stelle angeführt werden, vorhanden war. Und wenn in derſelben Stelle als Grund der geſtatteten Ausnahme bemerkt wird, ut sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, ſo ſpricht derſelbe gerade gegen den Imploranten, als welcher eine ſo geräumige Friſt hat verſtreichen laſſen, ohne die Sache zu betreiben und ohne die Vorbereitungen zu Anſtellung der Klage zu treffen, zumal da allen Umſtänden nach, wie weiter unten noch beſonders bemerkt werden wird, nicht abzuſehen iſt, daß hiezu ſehr weitläufige und zeitraubende Vorbereitungen erforderlich geweſen ſeien.

Was endlich noch die ſonſtigen Einwendungen des Imploranten anlangt, daß ihm vorher eine Friſt zur Beibringung ſeiner Legitimation unter der Verwarnung des Ausſchluſſes habe geſetzt werden müſſen und daß er die Richtigkeit des Teſtaments in der Form einer Replik geltend zu machen befugt, dieſe aber nicht an die einjährige Friſt gebunden ſei, ſo ſind ſelbige offenbar ungegründet. Die erſtere iſt es, weil hier nicht von einer Friſt im Prozeſſe, ſondern von einer Verjährung die Rede iſt, wo mit Ablauf des geſetzlichen Zeitraums der Verluſt des Rechts von ſelbſt eintritt, ſo daß das Erkenntniß des Stadtgerichts, welches erſt, nachdem Kläger ſein Recht längſt und ipso jure verloren hatte, erfolgte, keine sententia privatoria, ſondern declaratoria iſt. — Der zweite Einwand aber iſt in unverkennbarem Widerſpruch mit der Vorſchrift der Reformation, welche für den klagenden Theil zur Anfechtung eines Teſtaments die Friſt ganz allgemein und ohne irgend einen Unterſchied der Form, wie ſolches geſchehen möge, vorſchreibt, ſo daß, wenn auch die Anfechtung im Wege einer Replik geſchehen ſollte, auf dieſe doch die Vorſchrift des Geſetzes ebenfalls angewendet werden müßte, weil ſonſt das Geſetz leicht ganz umgangen und wirkungslos gemacht werden könnte,

vergl. l. 9. § 4. D. de jurejur.

ad 2) hat es allerdings seine Richtigkeit, daß der Ablauf der gesetzlichen Frist dann ohne Nachtheil ist, wenn, wie die Reformation sich ausdrückt, „ehehafte, rechtmäßige und beweisliche Verhinderungen vorhanden," welches zum richterlichen Erkenntnisse gestellt ist, in welchem Fall es nicht einmal einer eigentlichen Restitution bedürfen würde, um welche der Implorant eventualiter gebeten hat. Allein an dergleichen Verhinderungen fehlt es in der vorliegenden Sache.

Der Implorant schützt zwar vor, daß er trotz aller angewandten Mühe den Stammbaum, wozu Urkunden- und Kirchenbuchauszüge aus den verschiedensten Orten und Gegenden nothwendig gewesen, nicht früher als jetzt vervollständigen können; allein dieß Vorgeben ist durchaus unerheblich, theils weil es bloß darauf ankam, sich als Brudersohn des Erblassers zu legitimiren, was allen Umständen nach nicht schwierig zu beschaffen war, theils weil der Implorant, da es hier auf die Wahrung einer Frist ankam, die Klage, auch ohne schon mit und in derselben seine Legitimation vollständig zu beschaffen, einreichen konnte und mußte, und das Stadtgericht, insofern der Ablauf der Frist in Frage stand, seine Klage zum Behuf der Unterbrechung der Verjährung auch ohne sofortige Legitimation angenommen haben würde.

Noch dürfte in Frage kommen, ob die vom Imploranten gebetene Restitution ihm nicht aus dem Gesichtspunkt hätte ertheilt werden können, weil er in dem Rechtsirrthum, durch das innerhalb der Jahresfrist eingereichte Gesuch seine Rechte hinlänglich gewahrt zu haben, gestanden habe; es würde jedoch, anderer Bedenken nicht zu erwähnen, dieser Irrthum dennoch zur Ertheilung der Restitution nicht genügen, weil es bei allen Restitutionsfällen allgemeine Regel ist, daß sie denjenigen, die sich bei der Versäumniß selbst eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließen, nicht ertheilt werden soll,

l. 16. D. ex quibus caus. maj.

der Implorant sich aber actenkundig bei dieser Sache so benommen hat, daß ihm eine große Nachlässigkeit allerdings zur Last liegt.

43.

F. Th., Kläger gegen **J. A. S.**, Beklagten, wegen Leiſtung einer Caution.

Vorbemerkung.

Der Beklagte hatte am 30. April 1852 nachſtehende Urkunde (Anlage A. der Klage) ausgeſtellt:

„Ich Endesunterzeichneter verpflichte mich hiedurch, meinem Vater A. M. S. von heute an auf die ganze Dauer ſeines Lebens eine wöchentliche Suſtentation von fl. 10 zu zahlen. Um demſelben nun eine Sicherheit für die richtige Einhaltung dieſer meiner Verpflichtung zu geben, verpflichte ich mich, binnen zwei Monaten bei einem Dritten in der Wahl meines Vaters fl. 2000 oder den entſprechenden Werth in Obligationen zu deponiren.“ —

Für die pünktliche Leiſtung der hierin verſprochenen Caution hatte ſich Kläger am Fuße obiger Urkunde bis zum 1. Juli 1852 verbürgt. Da von dem Beklagten die verſprochene Cautionsleiſtung verweigert wurde, ſo beſtellte der Bürge ſolche dem Gläubiger auf deſſen Anfordern gegen Ceſſion des betreffenden Anſpruchs wider den Hauptſchuldner, und zwar theils durch Hinterlegung von Staatspapieren, theils durch Erneuerung ſeiner Bürgſchaft und erhob ſodann auf Grund der von ihm geleiſteten Bürgſchaft und der ihm geſchehenen Ceſſion Klage gegen den Hauptſchuldner auf Leiſtung der Caution.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 19. Januar 1853.

1) Der Anſpruch des Klägers erſcheint nach Inhalt der Anlagen A. B. D und E. als an ſich begründet und erwieſen.

2) Dieſer Anſpruch würde jedoch beſeitigt ſein, wenn der Beklagte bewieſe, daß die von dem Kläger angeblich übernommene Bürgſchaft nicht ernſtlich gemeint, ſondern fingirt ſei.

3) Gleiche Wirkung würde der Beweis haben, daß die in Anlage D. enthaltene Ceſſion fingirt ſei, es ſei denn, daß der Kläger beweiſen könnte, daß er die Bürgſchaft mit Willen oder Genehmigung des Beklagten übernommen habe.

— — — — — —

6) Ebenſo verwerflich erſcheint die Einrede, daß die Vorausſetzungen und Bedingungen, unter welchen der Beklagte jene Verbindlichkeiten übernommen, nicht eingetreten ſeien. Denn da die Anlage A. nichts von ſolchen Vorausſetzungen und Bedingungen enthält, ſo müßte, ſelbſt wenn vor deren Ausſtellung dergleichen verabredet geweſen wären, angenommen werden, daß der Beklagte auf dieſelben verzichtet hätte.

Aus dieſen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Der Beklagte iſt ſchuldig binnen 14 Tagen die von ihm laut Anlage A. zu Gunſten ſeines Vaters zu leiſtende Caution von fl. 2000. — zu hinterlegen und dem Kläger die Koſten des Verfahrens über die Hauptſache zu erſetzen, er wollte und könnte denn binnen 14 Tagen beweiſen, entweder

a) daß die von dem Kläger angeblich übernommene Bürgſchaft,

oder

b) daß die in der Anlage D. enthaltene Ceſſion fingirt ſei, welchenfalls weiteres Erkenntniß ergehen ſoll.

II. Dem Kläger bleibt innerhalb derſelben Friſt nicht nur der Gegenbeweis, ſondern auch für den Fall, daß der unter I. b gedachte Beweis geführt werden ſollte, der Beweis vorbehalten,

daß er die in Anlage A. enthaltene Bürgſchaft mit Willen des Beklagten übernommen oder daß der Beklagte dieſelbe genehmigt habe.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

(Rechtsfacultät Heidelberg)

vom 3. Auguſt 1853.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

Daß, was die erſte Appellationsbeſchwerde angeht, das Urtheil voriger Inſtanz lediglich zu beſtätigen —, was aber die andere

Beſchwerde betrifft, es dabei nicht zu bewenden; vielmehr dahin zu erkennen ſei:

> Wollte und könnte der Beklagte außer den beiden alternativ ihm nachgelaſſenen Beweisſätzen a und b in derſelben Zeit von 14 Tagen annoch beweiſen, daß er die am 30. April 1852 übernommene Verpflichtung nur unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die vorher ſchon verabredeten Bedingungen eingegangen habe, entweder, daß ſein Vater ihm den Conſens zur Verehelichung mit D. zu geben ſchuldig, oder daß ſein Schwager St. des Beklagten Geſchäft übernehmen, oder daß ſein Schwager M. eine von dieſem und ſeiner Frau verſprochene Hypothek beſtellen ſolle — und daß eine dieſer Bedingungen nicht in Erfüllung gegangen ſei:

ſo wird weiter ergehen, was Rechtens.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. Januar 1855.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäſion des Klägers.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäſion des Klägers, mit Ausnahme des eventuellen Theils der erſten Adhäſionsbeſchwerde für zuläſſig zu halten, und in der Sache ſelbſt, wie hiermit geſchieht, das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 3. Auguſt 1853 zwar dahin abzuändern ſei, daß der dem Beklagten darin nachgelaſſene Beweis in nachſtehender Art zu faſſen:

> daß Beklagter bei einer am 28. April gepflogenen mündlichen Verhandlung die Verpflichtung, ſeinem Vater zur Sicherung der demſelben zu leiſtenden Suſtentation eine Caution von fl. 2000 zu beſtellen, nur unter einer der drei folgenden Bedingungen — daß ſein Vater ihm den Conſens zur Verehelichung mit D. gebe, oder daß ſein Schwager St. des Beklagten Geſchäft übernehme, oder

daß ſein Schwager M. eine von dieſem und ſeiner Frau verſprochene Hypothek beſtelle, — übernommen habe, und daß bei der weiteren Verhandlung am 30. April 1852 ſein Vater mit ihm darüber einverſtanden geweſen ſei, daß durch Ausſtellung des Cautionsſcheins Klagbeilage A. jene Bedingungen nicht aufgehoben werden ſollten;

im Übrigen aber das erwähnte Erkenntniß, unter Compenſation der Hälfte der Koſten jetziger Inſtanz und Verurtheilung des Klägers in die andere Hälfte, zu beſtätigen ſei. — — —

Entſcheidungsgründe.

I. Die erſte Beſchwerde des Beklagten in voriger und jetziger Inſtanz geht dahin, daß ihm der Beweis I. a, daß die Bürgſchaft des Klägers fingirt ſei, auferlegt, und dem Kläger der Beweis sub II., daß er die Bürgſchaft mit Willen oder Genehmigung des Beklagten übernommen habe, vorbehalten worden ſei, während gerade umgekehrt zu erkennen geweſen wäre.

Bei Beurtheilung dieſer Beſchwerde kommt es

1) vor Allem auf eine richtige Auffaſſung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes vom 19. Januar 1853 und der dadurch rechtskräftig feſtgeſtellten Streitpunkte an. Es könnte auf den erſten Blick ſcheinen, als ſolle jeder der beiden darin auferlegten Einredebeweiſe nur zur Zerſtörung je eines der beiden Klaggründe, nicht aber des ganzen Klaganſpruches dienen, und könnte dabei der Zweifel aufgeworfen werden, ob der eine Klaggrund ſchon in der Thatſache der Verbürgung des Klägers allein, oder nur in Verbindung mit des Beklagten Auftrag oder Genehmigung dazu, gefunden worden ſei. Bei genauerer Betrachtung ergibt ſich aber mit Beſtimmtheit Folgendes:

Das Stadtgericht hat

a) die Thatſache, daß der Kläger ſich unter der Klagbeilage A. für die vom Beklagten verſprochene Cautionsleiſtung am 30. April 1852 verbürgt habe, als erwieſen erachtet, da es hierüber dem Kläger einen Beweis weder principaliter, noch auch für den Fall, daß die Ceſſion ſich als fingirt ausweiſen ſollte, auferlegt, vielmehr die Verurtheilung für dieſen letzteren Fall nur noch von dem

Beweiſe, daß die Verbürgung mit Willen oder Genehmigung des Beklagten erfolgt ſei, abhängig gemacht hat. Da der Beklagte hiergegen keine Beſchwerde aufgeſtellt hat, ſo ſteht dieſer Punkt rechtskräftig feſt, und es kann daher nicht berückſichtigt werden, wenn der Beklagte denſelben gleichwohl in der Replik zweiter Inſtanz und in ſeinem Appellationslibelle jetziger Inſtanz wieder in Zweifel ſtellen zu wollen ſcheint, während er in erſter Inſtanz ſelbſt eingeräumt hatte, daß Kläger die fragliche Verbürgung (in Abweſenheit des Beklagten) aufgeſetzt und unterzeichnet habe.

Das Stadtgericht hat

b) angenommen, daß die Thatſache der Verbürgung des Klägers nicht bloß für den aus dieſer ſelbſt, ſondern auch für den aus der Ceſſion hergenommenen Klaggrund unentbehrlich ſei. Denn da es den Beklagten ohne allen Vorbehalt alternativ und nicht copulativ neben der behaupteten Fiction der Ceſſion zu dem Beweiſe zuläßt, daß die vom Kläger übernommene Bürgſchaft fingirt ſei, ſo iſt damit für den Fall des Gelingens dieſes Beweiſes die Klage in ihren beiden Klaggründen, alſo der ganze Anſpruch des Klägers ausgeſchloſſen worden, wie denn auch in den Motiven nicht etwa bloß der eine Klaggrund, ſondern der klägeriſche Anſpruch ſelbſt für ſolchen Fall ohne alle Einſchränkung für beſeitigt erklärt wird. Der Kläger hat ſich hiebei beruhigt, und es kann daher nicht darauf ankommen, die Richtigkeit der Entſcheidung einer Prüfung zu unterwerfen, obwohl es keinen Zweifel leidet, daß dieſelbe in der acceſſoriſchen Natur des vom Beklagten gegebenen Cautionsverſprechens, wonach die Abtretung der Cautionsforderung zwar an einen Bürgen, nicht aber an irgend einen ganz unbetheiligten Dritten zuläſſig erſchien, ihren guten Grund hatte.

c) Endlich iſt das Stadtgericht davon ausgegangen, daß der aus der Bürgſchaft des Klägers hergeleitete Klaggrund nicht durch die Thatſache der Verbürgung allein, ſondern nur in Verbindung mit der Behauptung, daß die Bürgſchaft mit Willen oder Genehmigung des Beklagten übernommen worden ſei, ſubſtantiirt werde. Denn außerdem hätte dem Beklagten nicht geſtattet werden können, durch den ihm alternativ auferlegten Beweis über Fiction der Ceſſion ſeiner Verurtheilung zu entgehen, ſofern der Kläger nicht

dagegen den sub II. vorbehaltenen Beweis über Auftrag oder Genehmigung des Beklagten zu der Bürgschaft führen werde. Auch hiebei hat sich der Kläger beruhigt, und es kann daher gleichfalls unerörtert bleiben, ob die Klage statt des Mandates zur Verbürgung auch schon, wie das vorige Urtheil angenommen, der Kläger selbst aber in erster und zweiter Instanz gar nicht versucht hat, durch eine in der Verbürgung liegende negotiorum gestio hätte begründet werden können.

2) Legt man die bisherige Auffassung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses zu Grunde, so stellt sich die Beschwerde des Beklagten offenbar als unbegründet dar. Wie nämlich die Thatsache der Verbürgung des Klägers feststeht, so ist auch die in der Klagbeilage D. enthaltene Cession der Cautionsforderung an den Kläger vom Beklagten gar nicht bestritten, vielmehr in der Exceptionsschrift ausdrücklich eingeräumt worden. Der aus der Cession entnommene Klaggrund ist daher liquid und es konnte auf Herstellung des zweiten, auf dem Mandat des Beklagten zu der Verbürgung beruhenden Klaggrunds nicht weiter ankommen, so lange nicht der Beklagte den ersteren durch den Nachweis, daß die Cession eine fingirte gewesen sei, zerstört haben würde. Mit vollem Rechte ist sonach nur für diesen Fall dem Kläger der Beweis, daß die Verbürgung mit Willen oder Genehmigung des Beklagten erfolgt sei, vorbehalten worden. Auch ist es ohne Grund, wenn der Beklagte dagegen geltend macht, der Kläger habe in der Vernehmlassung zweiter Instanz die Unrichtigkeit der Entscheidung über die Beweislast selbst eingeräumt, und sei dadurch ein Einverständniß beider Theile hergestellt worden. Denn der Kläger hat an der angeführten Stelle keineswegs zugestanden, daß ihm der sub II. vorbehaltene Beweis principaliter aufzuerlegen sei, sondern sich nur dafür erklärt, daß der dem Beklagten zuerkannte Beweis über Fiction der Bürgschaft erst nach jenem klägerischen Beweise geführt zu werden brauche, eine Ansicht, welche auf Verkennung des obigen Satzes unter 1, b. beruht, und deren Befolgung dem Beklagten die Möglichkeit entziehen würde, durch Darthun der Fiction der Bürgschaft den aus der Cession entnommenen Klaggrund zu zerstören, ihm also entschieden nachtheiliger sein würde, als die stadtgerichtliche Entscheidung.

II. In dem principalen Theile der ersten Adhäsionsbeschwerde verlangt der Kläger, daß der im vorigen Urtheil zugelassene Einredebeweis über die dem Cautionsversprechen des Beklagten angeblich beigefügten Bedingungen wieder in Wegfall gebracht, und sonach das stadtgerichtliche Erkenntniß in dieser Beziehung hergestellt werde.

Was nun

1) die formelle Statthaftigkeit der Adhäsion in diesem Punkte betrifft, so wird dieselbe mit Unrecht vom Beklagten bestritten. Er stützt sich darauf, daß die Entscheidung über die Zulassung eines Klage- oder Einredebeweises an sich eine von der Entscheidung über Feststellung des Beweissatzes völlig verschiedene und mit ihr nicht connexe sei, der Beklagte aber in seinen Beschwerden nur die Normirung des Beweissatzes angefochten habe.

Es kommt indessen nach § 135 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung, wie das Ober-Appellationsgericht stets angenommen hat, auf die innere Connexität der Punkte, worauf die Haupt- und Adhäsions-Beschwerden gerichtet sind, nicht an, sondern nur darauf, daß beiderlei Beschwerden sich auf den nämlichen Theil des Erkenntnisses beziehen. Nun ließe sich zwar, wäre die Ansicht von der Selbstständigkeit der Entscheidungen über die Zulassung eines Beweises an sich und über die Normirung des Beweissatzes richtig, gegen die vorliegende Adhäsion anführen, daß der Beklagte bloß die beiden Stellen des Beweissatzes, welche von der Bezugnahme auf die vorher verabredeten Bedingungen und von dem Nichteintritt derselben reden, nicht aber den die Verabredung der Bedingungen selbst betreffenden Hauptsatz angefochten hat; und es muß zugegeben werden, daß es bei der vorliegenden Frage nicht auf die Satzverbindung allein ankommen kann, vielmehr verschiedene in einem Satze zusammengefaßte Entscheidungen noch als trennbare Theile des Erkenntnisses zu behandeln sind.

S. Frankf. Präjudicate: Schwarzschild ca. Eisenbahn Sept. 1840. *)
Kahl ca. Kahl Febr. 1853.

---

*) Siehe Seite 31.

Allein die obige Anſicht des Beklagten kann nicht gebilligt werden; bei einer Beweisauflage läßt ſich vielmehr nicht verkennen, daß die darin liegende Anerkennung eines Klag- oder Einredegrundes den Inhalt des aufgeſtellten Beweisſatzes zur nothwendigen Vorausſetzung hat, jede Änderung des letzteren daher auch eine Umſtoßung der erſteren nach ſich zieht; und es kann daher ein aufgeſtellter Beweisſatz nicht als ein Aggregat mehrerer Entſcheidungen, ſondern nur als ein zuſammengehöriges Ganzes, als eine untheilbare Geſammtentſcheidung angeſehen werden, ſo daß der Angriff gegen einen Theil des Inhalts auch noch den Wegfall des ganzen Beweisſatzes im Wege der Adhäſion möglich macht.

2) Dagegen war materiell die Beſchwerde für unbegründet zu halten, der Kläger hat gegen den in Frage ſtehenden Beweis

a) geltend gemacht, die vom Beklagten angeführten Bedingungen ſeien nicht gehörig als ſolche ſubſtantiirt worden. In der im Eingange der Exceptionsſchrift enthaltenen Geſchichtserzählung ſind nun allerdings die drei jetzt zum Beweis geſtellten Umſtände — Conſens des Vaters zur Heirath des Beklagten, Übernahme des Geſchäfts durch St. und Beſtellung der Hypothek durch M., wohl als Punkte, auf welche der Beklagte bei den Verhandlungen über das Cautionsverſprechen Gewicht legte, jedoch nicht in der Weiſe erwähnt worden, daß ſie als Bedingungen der übernommenen Verpflichtung erkennbar wären. Allein am Schluß derſelben Schrift ſagt der Beklagte ausdrücklich, die Vorausſetzungen und Bedingungen, unter welchen er ſein Verſprechen ertheilt habe, ſeien nicht erfüllt worden, und führt darauf die bezeichneten, in der Geſchichtserzählung näher angegebenen drei Umſtände als nicht eingetreten ſpeciell auf, was keinen andern Sinn haben konnte, als daß eben dieſe drei Umſtände die Bedingungen ſeien, von welchen er ſein Verſprechen abhängig gemacht habe. Es bleibt darnach kein Zweifel übrig, daß der Beklagte hier ſeinen anfänglichen Vortrag erläutert und die fraglichen Umſtände nun als wahre Bedingungen genügend bezeichnet hat.

b) Der Kläger beruft ſich ferner darauf, daß die Bedingungen jedenfalls durch Ausſtellung der Urkunde A. aufgehoben ſeien. Daß dieſer Einwand vom Stadtgericht unzuläſſiger Weiſe ex officio

zum Entſcheidungsgrund genommen worden ſei, wie der Beklagte meint, iſt nach der Erklärung in der Replik ebenſo unbegründet, als die umgekehrte Behauptung des Klägers, daß die an der eben erwähnten Stelle von ihm behauptete Aufhebung vom Beklagten nicht widerſprochen worden und daher für eingeräumt zu halten ſei; denn da der Beklagte ſchon in der Exceptionsſchrift unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, es ſei bei Ausſtellung der Urkunde A. nicht die Abſicht der Betheiligten geweſen, an den vorher getroffenen Verabredungen etwas zu ändern, ſo bedurfte es von ſeiner Seite keines neuen ausdrücklichen Widerſpruches, der überdieß in der Duplik in genügender Weiſe zu finden iſt.

Was den Einwand ſelbſt betrifft, ſo würde die Adhäſionsbeſchwerde nur dann dadurch begründet werden, wenn in der Ausſtellung der Urkunde A. mit ſolcher Nothwendigkeit eine Aufhebung der mündlich verabredeten Bedingungen gefunden werden müßte, daß ſelbſt die behauptete ausdrückliche Bezugnahme des Beklagten darauf, dieſen Erfolg nicht hätte abwenden können. Zu einer ſolchen Annahme fehlt es aber an jedem Grunde. Der Kläger meint, die behauptete Bezugnahme würde eine zu unbeſtimmte geweſen ſein, dieſelbe konnte jedoch, wie von ſelbſt klar iſt, gar keine andere Bedeutung haben, als daß aus der Unterſchrift kein Abgehen von den Bedingungen gefolgert werden dürfe, und daß der Cautionsſchein als ein bloß vorläufig in Erwartung des Eintritts der Bedingungen ausgeſtellter zu betrachten ſei; und wenn der Vater des Beklagten die mit einer ſolchen Erklärung ausgeſtellte Urkunde annahm, ſo war damit das Einverſtändniß der Contrahenten über die Fortdauer der Bedingungen außer Zweifel geſtellt. Sodann meint der Kläger, der Inhalt der Urkunde ſei mit der Fortdauer der Bedingungen unvereinbar und die angebliche Bezugnahme daher eine protestatio facto contraria. Es läßt ſich aber nur ſo viel behaupten, daß die Urkunde keinerlei Andeutung von den Bedingungen enthält, und ſich ihrem Wortlaut nach als eine unbedingte Verpflichtung darſtellt. Das hindert aber nicht, daß daneben mündlich verabredete Bedingungen beſtehen konnten, mit deren Eintritt ein Theil der ausgeſtellten Urkunde überhaupt erſt in Kraft treten ſollte, und ein Widerſpruch in der Handlungsweiſe

des Beklagten liegt darin um so weniger, als die Urkunde, wie unbestritten ist, nicht von ihm selbst entworfen war, und als durch den Nachweis, daß er sich auf die mündlich verabredeten Bedingungen bezogen habe, zugleich von selbst dargethan sein würde, daß die Urkunde nicht die Bestimmung gehabt haben konnte, das ganze Rechtsverhältniß vollständig darzustellen. Ein positiver Widerspruch ihres Inhalts mit den Bedingungen liegt nirgends vor; die zweimonatliche Frist, welche der Kläger hervorhebt, entspricht dem, was der Beklagte von der mündlichen Verabredung erzählt, und konnte sehr wohl in Erwartung eines baldigen Eintritts der Bedingungen festgesetzt sein; daß aber als Cautionsmittel nur Geld oder Obligationen genannt sind, während nach der anfänglichen Erzählung des Beklagten für einen Fall die von M. zu bestellende Hypothek in Aussicht genommen war, kann nicht mehr in Betracht kommen, nachdem in der oben erwähnten Erläuterung die Bestellung dieser Hypothek als wirkliche Bedingung aufgestellt worden ist.

C. Endlich hat der Kläger geltend gemacht, es stehe dem Beklagten die replica doli entgegen, weil er den Kläger nicht zur rechten Zeit von der bedingten Beschaffenheit seiner Verpflichtung in Kenntniß gesetzt habe, und Kläger dadurch veranlaßt worden sei, als Bürge die Caution theilweise wirklich zu leisten und für den Rest eine neue Verpflichtung einzugehen. Es leuchtet jedoch ein, daß dieser Einwand nur für die Klage aus der in Auftrag oder mit Genehmigung des Beklagten übernommenen Bürgschaft, nicht aber für den auf der Cession beruhenden Klaggrund von Erheblichkeit sein könnte, da der Kläger als Cessionar sich die der Forderung entgegenstehenden Einreden, ohne alle Rücksicht auf seine Kenntniß derselben, gefallen lassen muß. Sonach würde die Replik nicht zur gänzlichen Beseitigung des angefochtenen Beweises, sondern, ihre sonstige Begründung vorausgesetzt, nur dazu haben führen können, die vorgeschützten Bedingungen dem zweiten, aus dem Auftrag oder der Genehmigung des Beklagten zu der Verbürgung hergenommenen Klaggrunde gegenüber als unwirksam darzustellen, mit andern Worten, sie hätte nur zur Rechtfertigung des eventuellen, aber nicht des principalen Theils der ersten Adhäsionsbeschwerde dienen können.

III. Die zweite Beſchwerde des Beklagten geht dahin, daß der im vorigen Urtheil zugelaſſene Beweis nicht einfach darauf gerichtet worden ſei, daß der Beklagte die in Anlage A. bekundete Verpflichtung unter einer der fraglichen Bedingungen übernommen habe, verlangt alſo, wie auch durch die Ausführung der Beſchwerde beſtätigt wird, Befreiung des Beklagten von dem Beweiſe, daß er ſich bei Unterzeichnung der Urkunde A. auf die mündlich verabredeten Bedingungen ausdrücklich zurückbezogen habe.

Bei Beurtheilung dieſer Beſchwerde kommt es auf die Frage an, inwiefern die Errichtung einer ſchriftlichen Urkunde über ein Rechtsgeſchäft, wenn ihr Inhalt von den vorausgegangenen Verabredungen über letzteres abweicht, eine ſtillſchweigende Abänderung des Willens der Betheiligten folgern läßt. Dabei aber muß es als Grundſatz gelten, daß, wenn die ſchriftliche Urkunde entweder zu einer vollſtändigen Darſtellung des Rechtsverhältniſſes beſtimmt war, oder ihr Inhalt wenigſtens weder nach der Natur des bekundeten Geſchäfts, noch durch beſondere Hinweiſung erkennen läßt, daß daneben noch weitere Verabredungen beſtehen, die Vermuthung für eine vollſtändige Aufzeichnung ſpricht, Derjenige, welcher das Gegentheil behauptet, daher den Beweis übernehmen muß. Nach dieſem Grundſatz iſt vom Ober-Appellationsgericht bereits in einer früheren Frankfurter Sache

Weſthofen ca. Schwalb, November 1850, *)

erkannt worden, während das vom Beklagten angeführte Präjudicat

Kraus ca. Lejeune, Juni 1851,

die davon ganz verſchiedene Frage betrifft, ob in dem einfachen Bekenntniß einer Schuld ein Verzicht auf die dem Schuldner zuſtehenden Einreden zu finden iſt.

Im vorliegenden Falle ſtellt nun die Urkunde A. ein in ſich abgeſchloſſenes vollſtändiges Rechtsgeſchäft dar; der Beklagte verpflichtet ſich zu einem beſtimmten Alimenten-Betrag und verſpricht dafür eine nähere bezeichnete Sicherheit in Geld oder Obligationen zu leiſten. Die Verpflichtung war ihrer Natur nach eine einſeitige, und es bedurfte daher nicht etwa der Mitunterſchrift des Gläu-

*) Siehe Seite 32.

bigers, da in der Annahme der ausgeſtellten Urkunde die Acceptation des Verſprechens lag. Die Urkunde lautet unbedingt, und gibt nicht die mindeſte Andeutung, daß ſie aus mündlichen Verabredungen zu ergänzen ſei. Unter dieſen Umſtänden liegt dem Beklagten der Beweis der beabſichtigten Fortdauer der mündlichen Verabredungen um ſo mehr ob, als es ſich dabei nicht etwa um Nebenbeſtimmungen des Geſchäfts handelte, ſondern um Suſpenſion eines weſentlichen Theils der Verpflichtung, wobei die Unterzeichnung der unbedingt lautenden Faſſung ſich unverkennbar als etwas Ungewöhnliches darſtellt. Die Beſchwerde iſt daher, ſoweit ſie völlige Befreiung von einem derartigen Beweiſe bezweckt, unbegründet.

Allerdings aber erſcheint der aufgelegte Beweis zu eng gefaßt. Da die Faſſung der Urkunde A. nur eine factiſche Vermuthung für die Vollſtändigkeit des Inhalts begründet, ſo kann es zur Beſeitigung dieſer Vermuthung lediglich darauf ankommen, ob die Betheiligten, d. h. der Beklagte und ſein Vater, darüber einverſtanden waren, daß die mündlich verabredeten Bedingungen, der Ausſtellung der Urkunde ungeachtet, fortdauern ſollten. Nun hat der Beklagte aber nicht bloß die ſpecielle Angabe gemacht, daß er ſich bei Unterzeichnung der Urkunde ausdrücklich auf jene Bedingungen zurück bezogen habe, wodurch nach dem oben unter II. 2, b, Bemerkten ein Einverſtändniß der Contrahenten unzweifelhaft bekundet werden würde, ſondern er hat auch allgemein behauptet, die mündlichen Verabredungen vom 28. April 1852 ſeien niemals wieder aufgehoben worden, ſondern hätten auch nach Unterzeichnung der Urkunde A. die Grundlage des ganzen Rechtsverhältniſſes gebildet, in der Urkunde habe eben nur das mündlich Verabredete ſchriftlich bekundet werden ſollen. Nach dieſer Darſtellung kann es dem Beklagten nicht abgeſchnitten werden, daß er das Einverſtändniß über die Fortdauer der Bedingungen auch durch andere Momente, als die ausdrückliche Zurückziehung auf dieſelben, nachzuweiſen ſuche, wie es denn dazu unbezweifelt geeignet ſein würde, wenn er darzuthun vermöchte, daß nach dem Gang der gepflogenen Verhandlungen die Urkunde A. nur die Beſtimmung gehabt habe, das mündlich Verabredete ſchriftlich zu bekunden. Unter dieſen Umſtänden mußte es vorgezogen werden, den Beweisſatz allgemein

auf das Einverſtändniß der Betheiligten zu richten, indem es dem Beklagten überlaſſen bleiben muß, welche von den Umſtänden, aus denen ein ſolches gefolgert werden kann, er in der Beweisinſtanz benutzen will.

IV. Die dritte Beſchwerde des Beklagten verlangt Befreiung deſſelben von dem mit auferlegten Beweiſe, daß eine der in Frage ſtehenden Bedingungen nicht in Erfüllung gegangen ſei. Dieſe Beſchwerde war begründet, da der Nichteintritt der angeblich zur Bedingung gemachten drei Thatumſtände vom Kläger gar nicht beſtritten worden iſt. Wenn der Kläger meint, es liege kein Grund zur Beſchwerde vor, da der Beweis durch Beziehung auf die Voracten zu erbringen ſei, ſo ſteht dem entgegen, daß es allerdings beſchwerend für eine Partei iſt, wenn die Berückſichtigung einer unbeſtrittenen Thatſache erſt noch von einem Beweisverfahren und ſeinen Formen abhängig gemacht wird.

V. Der eventuelle Theil der erſten Adhäſionsbeſchwerde des Klägers iſt darauf gerichtet, daß der Beweis sub. II. des ſtadtgerichtlichen Urtheils dem Kläger auch gegen den im vorigen Urtheil nachgelaſſenen Beweis des Beklagten vorzubehalten geweſen wäre. Dieſe Beſchwerde mußte jedoch als formell unſtatthaft verworfen werden. Es wird damit nicht eine Beſeitigung oder Modification des Beweisſatzes bezweckt, welcher Gegenſtand der Beſchwerden des Beklagten iſt, ſondern es wird die Hinzufügung eines anderen Beweisſatzes verlangt, durch welchen die rechtliche Wirkung des erſteren zerſtört werden ſoll. Die Beſchwerde iſt daher nicht gegen den vom Beklagten angegriffenen Theil des Erkenntniſſes, ſondern gegen das negative Deciſum gerichtet, welches in dem Übergehen des begehrten Beweisvorbehalts enthalten iſt. Daß der Gegenſtand der Adhäſionsbeſchwerde mit dem vom Beklagten angefochtenen Theil des Erkenntniſſes connex iſt, wie ſich hier nicht verkennen läßt, kann, wie oben bemerkt, nicht in Betracht kommen.

VI. Was den Koſtenpunkt betrifft, ſo ſtellen ſich die beiderſeitigen Beſchwerden über die Compenſation der Koſten voriger Inſtanz (vierte Beſchwerde des Beklagten und zweite Adhäſionsbeſchwerde des Klägers) als unbegründet dar, da in

einem wesentlichen Punkt das Erkenntniß erster Instanz, und zwar mit Recht, abgeändert worden war.

Da die Beschwerden des Beklagten zum Theil begründet sind, die Adhäsionsbeschwerden des Klägers aber ganz verworfen werden mußten, so waren die Kosten jetziger Instanz zur Hälfte zu compensiren und der Kläger in die andere Hälfte zu verurtheilen.

Auszug aus den Seite 24 und 28 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Schwarzschild ca. Taunus-Eisenbahn 1840.

In der jetzigen Instanz kommt, soviel die Hauptsache betrifft:

I. zunächst der Antrag der Beklagten auf sofortige gänzliche Abweisung der Klage in Betracht, welchen sie im Wege einer Adhäsion verfolgt und auf die Einrede gegründet haben, daß durch ihre Bekanntmachung vom 9. März 1837 und die in deren Gemäßheit erfolgte Subscription noch kein obligatorisches Contractsverhältniß zwischen ihnen und den einzelnen Subscribenten zu Stande gekommen sei, woraus diese auf eine Betheiligung bei der Eisenbahn klagen könnten.

Diese Adhäsion ist nun zwar nach dem

§ 135 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht

formell zulässig. Denn da in dem decisiven Theile des vorigen Erkenntnisses nach dessen Fassung nicht zwei besondere Entscheidungen, nämlich eine Verwerfung des Antrages der Beklagten auf gänzliche Abweisung der Klage oder ihrer in dieser Beziehung vorgebrachten Einreden und eine Abweisung der Klage angebrachtermaaßen, enthalten sind, sondern dasselbe in der einzigen Entscheidung besteht, daß die Klage angebrachtermaaßen abzuweisen sei, so ist die Appellationsbeschwerde des Klägers, daß die Klage angebrachtermaaßen abgewiesen und die adhäsivische Beschwerde der Beklagten, daß die Klage nur angebrachtermaaßen und nicht vielmehr gänzlich abgewiesen worden, gegen ebendenselben Theil des Erkenntnisses gerichtet.

Digitized by Google

2) Westhofen ca. Schwalb 1850.

Hängt nach den bisherigen Ausführungen in vorliegender Sache die Entscheidung

3) lediglich davon ab, ob die im § 6 des sogenannten Interims-Kaufbriefes getroffene Stipulation als durch den sogenannten Hauptkaufbrief beseitigt und aufgehoben anzusehen ist, oder trotzdem, daß sie in Letzterem fehlt, immer noch fortbesteht und als verbindlich gelten kann, und stehen sich in dieser Hinsicht die Behauptungen beider Theile direkt einander gegenüber, indem Beklagter angibt, es sei lediglich durch ein Versehen die Aufnahme des § 6 in den Hauptcontract unterblieben, Kläger dagegen dieß leugnet und behauptet, absichtlich und in Folge deßfallsiger Abrede sei die Weglassung erfolgt, so bedarf die Verwerflichkeit des auf alsbaldige Verurtheilung des Beklagten gestellten klägerischen Grav. I. überall keiner weiteren Ausführung. Vielmehr kann nur dieß in Frage kommen, wem in jener Beziehung die Beweisführung obliege, und ob das auf andere Vertheilung der Beweislast gerichtete eventuelle Grav. II. des Klägers für begründet zu erachten sei?

In dieser Beziehung konnte nun der Ansicht der vorderen Instanzen, daß der sogenannte Interims-Contract vor dem Kaufbriefe vom 1. October den Vorzug verdiene, und daß dem Kläger der Nachweis obliege:

daß die Bestimmung des § 6 des Interims-Vertrages später zwischen beiden Theilen wieder aufgehoben worden ist,

nicht beigetreten werden.

Wenn man nämlich auch, wovon sowohl die Parteien als die bisherigen Urtheilsverfasser ausgehen,

a) die hier in Frage stehenden beiden Documente als gewöhnliche Interims- und Hauptcontracte ansehen dürfte und wollte, so würde doch weder dieß zu Gunsten des Beklagten entscheiden, daß auch schon ein bloßer Interims-Contract sowohl klagbar ist als Beweiskraft hat, noch auch dieß, daß der Kaufcontract nicht erst durch den Vollzug des darüber aufgenommenen Instruments, sondern schon durch die vorangegangene Vereinbarung der Parteien perfect wird. Denn daraus könnte immer nur so viel gefolgert werden,

daß einerſeits der gänzliche Mangel des Hauptcontracts, und ſelbſt aller ſchriftlichen Feſtſtellung der getroffenen Abrede den durch letztern gewonnenen Rechten des einen oder anderen Theils keinen Abbruch zu thun vermöge, daß andererſeits an demjenigen, was wirklich vereinbart iſt, nichts mehr einſeitig bei der Unterſchrift des Interims-Contracts ſo wenig als nachher geändert werden dürfe. Die Zuläſſigkeit einer mutuo consensu ſpäter bewirkten Änderung der Anfangs getroffenen Stipulationen iſt hingegen damit ſo wenig ausgeſchloſſen, als für den Fall, wo Interims- und Hauptcontract von einander abweichen, damit der Vorzug des erſteren begründet. Vielmehr wird man, da eine vertragsmäßige Modification der im Interims-Contracte getroffenen Abreden bei Vollzug des ſogenannten Hauptcontracts ſogar nichts weniger als ungewöhnlich iſt, und da nicht bloß überhaupt in der Unterſchriftsvollziehung zugleich eine Willenserklärung und Zuſtimmung zum Inhalte des Documents liegt, ſondern auch die ſogenannten Hauptcontracte keineswegs bloß zu formellen Zwecken dienen, vielmehr gerade dazu beſtimmt ſind, einen vollſtändigen Beweis über Alles zu liefern, was bezüglich des Geſchäfts zwiſchen den Parteien verabredet iſt, unbedenklich zunächſt bei dem Hauptcontracte ſtehen bleiben dürfen, und deſſen Inhalt für den wirklichen und ſchließlichen Willen der Contrahenten anzuſehen, dagegen den Interims-Contract, ſo weit er von jenem abweicht, als mutuo consensu aufgehoben und abgeändert zu betrachten haben. Am wenigſten aber wird hierüber in den Fällen ein Zweifel obwalten können, wo der Hauptcontract nicht etwa bloß auf Grund des von den Parteien vollzogenen Interims-Contracts von Gerichts- oder Notariatswegen in ſolenner Form ausgefertigt iſt, ſonach bloß in der widerſpruchsloſen Annahme des Hauptinſtruments ein Anerkenntniß der Richtigkeit ſeines Inhalts läge, wo vielmehr auch der Hauptcontract, wie hier, von den Contrahenten ſelbſt durch Unterſchrift vollzogen iſt, und ſo durch einen poſitiven Act jeder Theil ſeine Zuſtimmung zu den darin enthaltenen Abreden erklärt hat; und kann es hiebei auch nicht darauf ankommen, worin die Abweichung beider Inſtrumente beſteht, ob in poſitiven verſchiedenen Beſtimmungen über denſelben Punkt, oder darin, daß in dem einen ganz fehle,

was in dem andern ſich findet. Denn auch letzteren Falls iſt immer davon auszugehen, daß, was im Hauptcontracte neu hinzugekommen oder ſchließlich weggefallen iſt, eine abſichtliche und bewußte Änderung der vorläufigen Abreden ſei und auf dem beiderſeitigen Willen der Contrahenten beruhe. Das bloße Fehlen einer Anfangs getroffenen Abrede im Hauptcontracte enthält mithin allerdings den Beweis, daß dieſelbe keinen Theil des definitiven Contracts bilde, und wenn auch der Gegenbeweis, daß dieß gleichwohl der Fall ſei, und daß nur aus Verſehen und unabſichtlich jene frühere Verabredung nicht in den Hauptcontract übergegangen ſei, nicht wird abgeſchnitten werden dürfen, ſo kann doch die Beweislaſt nur denjenigen, welcher ſolches behauptet, treffen.

Dem Kläger, welcher in dem recognoscirten Hauptcontracte ſchon einen ausreichenden Beweis deßfalls für ſich hatte, kann daher vorliegenden Falls der Nachweis, es ſei die Beſtimmung des § 6 ſpäter wieder aufgehoben worden, überall nicht angeſonnen werden, ſondern der Beklagte, welcher den Fortbeſtand jener in den Hauptcontrat nicht übergegangenen Stipulation behauptet, muß um ſo mehr für beweispflichtig gelten, als es hier, wo die Differenz in dem Wegfall von zwei ganzen Paragraphen des Interims-Contracts beſteht, ſogar aller Wahrſcheinlichkeit widerſtreitet, daß dieß in bloßem Verſehen des Concipienten ſeinen Grund haben, und von den Parteien bei der Unterſchrift überſehen ſein ſollte.

44.

Maria Magdalena Heyne, geb. Stern, Liquidantin wider die **Philipp Bernhard Heyne**'sche Debitmasse, Liquidatin, Illatenforderung betreffend.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 7. Juli 1854.

In Erwägung, daß

1) Anlangend das Separationsrecht der Liquidantin, dieselbe gegenüber dem Einwande des Curators, daß sie an dem Geschäftsbetriebe des Mannes Theil genommen, im Laden gesessen und verkauft, auch in die Bücher eingetragen habe, nicht nur nicht gehörig widersprochen hat, indem sie nur leugnet, nicht immer, nicht das ganze Jahr durch, nicht den ganzen Tag im Laden gesessen und verkauft, noch weniger aber in die Handelsbücher eingetragen zu haben, sondern selbst geständig ist, gelegentlich, wenn ihr Ehemann im Augenblick abwesend oder der Andrang der Käufer sehr stark war, wie etwa zu Meß- und Weihnachtszeit, im Laden thätig gewesen zu sein und dieses selbst ein unterbrochenes, nur gelegentliches und zeitweiliges Sitzen und verkaufen im Laden nennt, auch zugibt, daß sie in den erwähnten Fällen die Verkäufe in das s. g. Notiz- oder Schmierbuch eingetragen habe;

2) Hierin aber, da zum Ausschluß der Separations-Befugniß der Ehefrau nicht erforderlich ist, daß alle in der Reformation III. Tit. 7. § 12 angeführten Merkmale eines gemeinsamen Handels erwiesen werden,

Souchay Anmerk. II. S. 645 — 647.

eine hinreichende Thätigkeit der Liquidantin in dem Geschäfte ihres Mannes gefunden werden muß, daß ihr die Separation ihrer Illaten nicht verstattet werden kann;

3) — — — — — —

wird für Recht erkannt:

1) Liquidantin wird mit ihrer Liquidation für eingebrachtes Vermögen abgewiesen.

— — — — — —

Auf Appellation der Liquidantin wurde die Entscheidung des Stadtgerichts durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 27. September 1854 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. Januar 1855 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Güterabsonderung, welche die Ehefrau im Falle des Concurses ihres Mannes der Regel nach beanspruchen kann, ist dann, wenn beide Ehegatten einen „gemeinen Handel" getrieben, nicht anders gestattet, als wenn zuvor alle Schulden, für welche die Frau mit haftet, bezahlt sind.

Reform. III. Tit. 7. Art. 12 und 21.

Darüber, daß im vorliegenden Falle letzteres bereits geschehen sei, ergeben die Acten Nichts. Es war also der Liquidat vollkommen berechtigt, dem Separationsantrage und der darauf gestützten Liquidation den Einwand entgegen zu setzen, daß Liquidantin an dem Geschäftsbetriebe ihres Mannes Antheil genommen und fragt es sich nur, ob dieser Einwand als bereits eingestanden anzusehen oder annoch vom Liquidaten zu erweisen ist. Die Annahme eines von Mann und Frau in offenem Laden gemeinschaftlich betriebenen Handels ist nun aber durchaus nicht allein dann begründet, wenn die Letztere ununterbrochen oder wenigstens in gleichem Maaße wie der Mann an dem Geschäfte sich betheiligt hat, sondern es genügt dazu auch schon eine bloß zeitweise und hinter der des Mannes zurückstehende Thätigkeit der Frau, insofern dieselbe nur die Gestalt einer regelmäßigen Theilnahme an dem Geschäftsbetriebe angenommen hat. Nun ergibt sich aus der ganzen von der Liquidantin in der Replikschrift gegebenen Darstellung, daß das hier in Rede stehende Handelsgeschäft zu denjenigen gehört hat, die nicht durch Gehülfen, sondern von den Inhabern in Person betrieben werden, sowie daß dasselbe zwar gewöhnlich durch den

Ehemann der Liquidantin allein versorgt werden konnte, zeitweise jedoch — bei vorübergehender Abwesenheit des letzteren oder großem Andrange von Käufern, wie es namentlich zur Meß- und Weihnachtszeit vorzukommen pflegte — eine Aushülfe nothwendig wurde. — Wenn nun die Liquidantin — wie sie selbst angibt — es gewesen ist, die bei solchen öfters und mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Veranlassungen die erforderliche Aushülfe geleistet hat, namentlich zur Überwachung der fremden Käufer im Laden gegenwärtig gewesen ist, auch selbst verkauft und die Verkäufe in ein dazu bestimmtes Notiz- oder Schmierbuch eingeschrieben hat, so kann in dieser ihrer auf Erhaltung eines ordnungsmäßigen Ganges des ganzen Geschäfts gerichteten und zu dessen gehörigem Bestande nothwendigen Thätigkeit nicht ein bloß „gelegentliches," durch besondere unvorhergesehene Umstände herbeigeführtes Einschreiten gefunden werden. Dieselbe stellt sich vielmehr als eine wahre und regelmäßige Theilnahme an dem Betrieb des Handelsgeschäfts dar.

Es erscheint hiernach die in den vorigen Instanzen erkannte Abweisung der Liquidantin vollkommen gerechtfertigt.

45.

Anna Clara Rosalino, geb. Mack, Klägerin wider die Versicherungsbank **Ceres**, Beklagte, Forderung und Auslieferung einer Hypothek betreffend.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 20. Juni 1853.

— — — — — — — —

Demnach wird zu Recht erkannt:

Klägerin hat binnen 14tägiger Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun, daß der Ausschuß der Ceresbank ein zufolge des Bücherabschlusses vom 1. Juli 1846 resultirendes Guthaben ihres Ehemannes an Remunerationen ꝛc. im Betrage von fl. 912. 41 kr. anerkannt habe.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

(Rechtsfacultät Heidelberg)

vom 7. December 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß in 14tägiger Frist, Gegenbeweis vorbehaltlich, zu erweisen schuldig sind:

1) die Klägerin, daß ihr Ehemann als Rendant der beklagten Versicherungsbank bei seinem Abtreten von dieser Stelle ein Guthaben an Remunerationen ꝛc. von fl. 912. 41 kr., oder wie viel weniger, an die Beklagte zu fordern gehabt habe,

2) ebenfalls die Klägerin, daß das Rechnungsverhältniß ihres Ehemannes als Rendanten der beklagten Bank den Bestimmungen des § 26. Lit. b. der Statuten dieser Bank gemäß geordnet worden; ferner

3) der Beklagte, daß von den in der Anlage 3 zur Vernehmlassung unter Ziff. 1 bis 11 und 13 bis 15 specificirten Posten, auch die unter Ziff. 6. 8. 10. 15 aufgeführten, oder welcher Theil derselben, in Legegeldern oder Eintrittsgeldern bestehen, und daß jene in der gedachten Anlage 3 unter Ziff. 1 bis 11 und 13 bis 15 specificirten Posten, oder welcher Theil derselben, in Folge eines widerrechtlichen Verborgens von Seiten des Ehemannes der Klägerin, und ehemaligen Rendanten der beklagten Bank, dieser letztern verloren gegangen oder inexigibel geworden; und

4) dagegen die Klägerin, daß und bei welchen der vorgenannten in der Anlage 3 specificirten Posten ihr Ehemann als Rendant der beklagten Bank das gedachte Verborgen derselben aus Auftrag des ihm vorgesetzten Bankbeamten vorgenommen habe.

Auf Appellation der Klägerin wurde das angefochtene Erkenntniß des Appellationsgerichts **durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 30. Januar 1855 aus folgenden Gründen bestätigt:

Entscheidungsgründe.

Das stadtgerichtliche Urtheil vom 20. Juni 1853 hatte die Durchsetzung der beiden von der Klägerin verfolgten Ansprüche — Auszahlung eines Guthabens ihres Ehemannes als gewesenen Rendanten der beklagten Bank im Betrage von fl. 912. 41 kr. und Rückgabe der von demselben in gleicher Eigenschaft geleisteten Caution — lediglich von dem Beweise der in der Replik aufgestellten Behauptung abhängig gemacht, daß der Ausschuß der beklagten Bank jenes auf dem Bücherabschluß vom 1. Juli 1846 beruhende Guthaben anerkannt habe. Das Erkenntniß voriger Instanz beseitigt dagegen diese Beweisauflage ganz, legt der Klägerin zur Begründung ihrer beiden Ansprüche zwei Beweise auf, läßt die Beklagte zum Beweise einer Reihe von Gegenforderungen zu und behält dawider der Klägerin einen Replikenbeweis vor. Indem die Klägerin mittelst der von ihr aufgestellten alleinigen Beschwerde die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Urtheils verlangt, stützt sie sich mit den Motiven des letzteren darauf, daß durch den Beweis der erwähnten Anerkennung nicht nur eine genügende Begründung

der beiden Klaganſprüche ſelbſt geliefert, ſondern auch eine Beſeitigung der excipiendo geltend gemachten Gegenforderungen herbeigeführt werde. Es iſt nun recht wohl denkbar, daß das erwähnte Guthaben durch den Nachweis der in der Replik behaupteten Anerkennung dargethan werde; denn wenn in einer ſolchen auch kein ſelbſtſtändiger Verpflichtungsgrund zu finden iſt, ſo würde doch, je nach den Umſtänden, ein ausreichendes Geſtändniß der beklagten Bank darin liegen können, daß zufolge des Bücherabſchluſſes dem Roſalino der bezeichnete Betrag als Rückſtand an Remunerationen und gleichartigen Emolumenten ſeines Amtes zukomme. In dieſer Beziehung iſt aber, wie die Klägerin ſelbſt anerkannt, die Subſtanziirung des Beweiſes Nr. 1 in der Sent. a qua, weil damit jene Art der Beweisführung nicht abgeſchnitten, vielmehr nach Wahl der Klägerin auch die Benutzung anderer Beweisgründe geſtattet wird, in keinem Falle beſchwerend, ſondern günſtig für die Klägerin. Der eigentliche Zweck der Beſchwerde kann daher, wie die Ausführung derſelben beſtätigt, nur darin gefunden werden, daß die Klägerin durch die fragliche Anerkennung jeden weiteren Beweis und Gegenbeweis über die Vorausſetzungen für die Rückgabe der Caution, ſowie über die geltend gemachten Gegenforderungen glaubt entbehrlich machen zu können. Dieſer Erfolg würde indeſſen nur möglich ſein, wenn die Anerkennung des Ausſchuſſes zugleich einen Verzicht auf die etwaigen Anſprüche der Bank an Roſalino aus deſſen Geſchäftsführung enthalten, alſo in einer wirklichen Dechargirung des Roſalino beſtanden hätte. Es fragt ſich daher, ob die Klägerin eine dahin gehende Behauptung zeitig und gehörig aufgeſtellt hat. Daß

a) die fragliche Anerkennung überhaupt erſt in der Replik zur Sprache gebracht wurde, kann ihrer Berückſichtigung nicht entgegenſtehen, den geltend gemachten Gegenforderungen gegenüber bildet die Dechargirung des Roſalino eine wirkliche Replik und dafür war alſo die Replikſchrift der rechte Ort. Ob es aber in Anſehung der geforderten Rückgabe der Caution zum Klaggrunde zu rechnen ſei, daß die Hauptverbindlichkeit, wofür die Caution beſtellt wurde, nicht mehr beſtehe, und deßhalb die Klägerin, wenn ſie ſich zu dieſem Zweck auf eine ertheilte Dechargirung ſtützen

wollte, dieß ſchon in der Klage hätte vorbringen müſſen, kann dahingeſtellt bleiben. Denn die Beklagte hat ſich in der Duplik ohne Vorbehalt auf die nachträglich behauptete Anerkennung eingelaſſen (während ſie erſt in zweiter Inſtanz dieſelbe als mutatio libelli anzufechten ſuchte), und dadurch iſt der etwaige Mangel des Klaglibells inſoweit unſchädlich gemacht worden. — Dagegen war

b) dem vorigen Urtheile darin beizupflichten, daß das Vorbringen der Replik wegen mangelnder, gehöriger Subſtanziirung verworfen werden mußte.

Unſchädlich iſt freilich der Umſtand, daß die Anerkennung nach Angabe der Klägerin auf Grund des Bücherabſchluſſes vom 1. Juli 1846 erfolgt ſein ſoll, während Roſalino erſt gegen Ende des Monats Auguſt abtrat. Denn wenn der Ausſchuß nach dem Austritt des Roſalino eine wirkliche Dechargirung ertheilt haben ſollte, ſo würde damit zugleich hergeſtellt ſein, daß ſein am 1. Juli beſtehendes Guthaben durch die in die Zwiſchenzeit fallende Amtsführung ſich nicht vermindert habe.

Allein das Vorbringen der Klägerin iſt ſchon inſofern ein ungenügendes, als das angeblich vom Ausſchuß anerkannte Guthaben nicht als Product einer Gegeneinanderſtellung aller wechſelſeitigen Anſprüche, ſondern nur als Ergebniß einer Zuſammenſtellung der einſeitigen Anſprüche des Roſalino hingeſtellt worden iſt. Es wird in der Replik nicht behauptet, daß die ganze Verwaltung des Rendanten zur Sprache gekommen, dieſelbe unter Berückſichtigung etwaiger Forderungen der Bank an ihn, namentlich der jetzt geltend gemachten wegen pflichtwidriger Verborgung von Legegeldern, geprüft und richtig befunden worden ſei, ſondern nur ſo viel, daß das, was beim Abſchluß der Bücher ſich als Guthaben des Roſalino herausgeſtellt habe, anerkannt und ſeine Rechnungsführung genehmigt und beſtätigt worden ſei. Daß aber bei der Rechnungslegung Roſalino etwa ſelbſt Gegenforderungen der Bank wegen einer Verborgung von Legegeldern mit zur Sprache gebracht und dadurch zur Entſcheidung darüber Anlaß gegeben habe, iſt nicht nur nicht geſagt worden, ſondern es wird vielmehr behauptet, daß eine ſolche Verborgung gar nicht von Roſalino, ſondern vielmehr nur vom Director ausgegangen ſei.

Wollte man aber auch mit Rückſicht auf die beiläufig in der Replik vorkommende Behauptung, daß der Ausſchuß die in Anlage 3 ſpecificirten Poſten alle als Ausſtände der Anſtalt anerkannt habe, das Vorbringen in jener Beziehung nur als ein zu unbeſtimmtes anſehen, ſo iſt doch mit dem vorigen Urtheil der fernere Mangel als ein weſentlicher anzuerkennen, daß nicht behauptet worden iſt, die Anerkennung ſei dem Roſalino gegenüber erfolgt. Ließe ſich auch, wenn von einer einzelnen Perſon angeführt wird, ſie habe eine Schuld anerkannt, darin zugleich die Behauptung finden, daß dieß dem Gläubiger gegenüber geſchehen ſei, weil eine derartige Anerkennung nur durch eine nach Außen und zwar gewöhnlich dem Betheiligten gegenüber abgegebene Willenserklärung zu erfolgen pflegt, ſo verhält ſich dieß doch bei einem Geſellſchafts-Ausſchuß unverkennbar anders. Hier werden ganz regelmäßig Berathungen gepflogen und protocollariſche Erklärungen niedergelegt, welche bloß für den Ausſchuß und die von ihm vertretene Geſellſchaft ſelbſt, zur Ordnung ihrer inneren Verhältniſſe beſtimmt ſind. Die in einer Ausſchußſitzung erfolgte Anerkennung einer Schuld ertheilt daher für ſich allein nichts weiter, als die Feſtſtellung eines Rechnungspoſtens für die Geſellſchaft, läßt aber noch nicht den Schluß zu, daß damit eine entſprechende Erklärung an den Gläubiger verbunden geweſen wäre, während dieſem durch eine ſolche allein Rechte erworben werden könnten. Nun hat aber die Klägerin nur behauptet, das fragliche Guthaben ſei in einer Ausſchußſitzung in einem Protocolle des Ausſchuſſes anerkannt worden, und fügt ſelbſt hinzu, dem Roſalino ſei keine Abſchrift dieſes Ausſchuß-Protocolls zugefertigt worden; es fehlt ſomit an der zu einer Dechargirung unerläßlichen Behauptung, daß entweder Roſalino an der Sitzung als eine mit dem Ausſchuß verhandelnde Perſon Theil genommen habe, oder daß die Anerkennung in einer an ihn gerichteten Erklärung des Ausſchuſſes ausgeſprochen worden ſei. Es kann dieſe Behauptung auch nicht etwa deßhalb für entbehrlich gehalten werden, weil der amtliche Verkehr zwiſchen der Direction, deren Mitglied der Rendant als ſolcher war, und dem Ausſchuß die Ausſtellung beſonderer Erklärungen in ihrem wechſelſeitigen Verhältniſſe unnöthig gemacht habe. Denn nach den Angaben der

Klägerin war Rosalino zur Zeit der fraglichen Anerkennung bereits von seinem Amte abgetreten, und soll sein Austritt zugleich mit der Anerkennung vom Ausschusse genehmigt worden sein. Ist daher das replikarische Vorbringen in voriger Instanz mit Recht als zu einer Beweisauflage nicht geeignet erachtet worden, so konnte es sich

c) nur noch fragen, ob etwa durch die Erklärung der Klägerin in jetziger Instanz der Mangel in zulässiger Weise ergänzt worden sei. Das mußte aber verneint werden. Die Klägerin beruft sich hier darauf, in dem Vorbringen der Replik liege tacite die Behauptung, daß die Anerkennung des Guthabens, die Dechargirung des Rosalino diesem selbst gegenüber Statt gefunden habe. Könnte man nun auch hierin die bestimmte Behauptung finden, daß die Anerkennung in einer an Rosalino gerichteten Erklärung des Ausschusses ausgesprochen worden sei, so ist dieselbe doch, da sie dem Obigen gemäß keineswegs als bloße Erläuterung betrachtet werden kann, jedenfalls verspätet und kann daher, nachdem die Beklagte in der Vernehmlassung sie als mutatio libelli bezeichnet und dadurch ihrer Zulassung widersprochen hat, nicht berücksichtigt werden.

II. War hiernach die auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses gerichtete Beschwerde zu verwerfen, so mußte auch die Frage, ob in Folge der Beschwerdeaufstellung auf eine Prüfung der im vorigen Urtheile normirten einzelnen Beweissätze einzugehen sei? verneint werden. Denn wenn auch die Fassung der Beschwerde

> daß nicht das Urtheil erster Instanz bestätigt, sondern abändernd, „so wie geschehen," erkannt worden,

die Deutung als möglich erscheinen läßt, daß die Klägerin sich über den ganzen Inhalt des Erkenntnisses habe beschweren wollen, so fehlte es doch an jeder Bezeichnung specieller Punkte, welche die Klägerin als beschwerend angesehen hätte, und sowohl die Ausführung als die Schlußbitte ergibt unzweifelhaft, daß die Absicht nur auf Wiederherstellung der stadtgerichtlichen Entscheidung, wodurch die sämmtlichen Beweissätze des vorigen Urtheils entbehrlich werden sollten, und nicht zugleich auf eine eventuelle Anfechtung dieser

Beweisſätze gerichtet war. Daß aber eine Abänderung der von der Sententia a qua aufgeſtellten Beweisſätze in dem Verlangen der Wiederherſtellung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes als das Geringere mit begriffen wäre, läßt ſich nicht behaupten, da beide Erkenntniſſe auf völlig verſchiedenen Grundlagen beruhen und die Beweisſätze des vorigen Urtheils ſich daher auf ganz andere Thatſachen beziehen, als die Beweisauflage des Stadtgerichts, ſo daß aus dem Vorzug, den die Klägerin dieſer letzteren gibt, ein Schluß darüber, welche der erſteren ihr eventuell beſchwerend erſcheinen möchten, gar nicht gezogen werden konnte.

III. Die Beſchwerde, daß die Beklagte nicht in die Koſten voriger Inſtanz verurtheilt worden ſei, iſt nur eine conſecutive und erledigt ſich mit der Beſtätigung der Hauptentſcheidung von ſelbſt; wie denn unter dieſen Umſtänden auch die Verurtheilung der Klägerin in die Koſten jetziger Inſtanz keinem Zweifel unterliegen konnte.

46.

Anna Maria Herle, geb. Ziegler, Wittwe, Klägerin wider **Johann Sebastian Leisler**, Beklagten, wegen Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Vorbemerkung.

In dieser Sache waren durch Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 26. Juni 1848 unter Anderen folgende Beweise auferlegt worden:

A. der Klägerin:

sub d) daß sie vom 1. August 1842 bis zum 27. Februar 1848, oder in welch kürzerem Zeitraum dem Beklagten solche häusliche Dienste geleistet habe, wofür sie mit Rücksicht darauf, daß ihr die Bezahlung von Kost und Wohnung angesonnen wird, eine jährliche Vergütung von fl. 200 — oder wieviel weniger anzusprechen befugt sei;

B. dem Beklagten:

sub a) daß er die Posten seiner Rechnung — — (angebliche Auslagen für Klägerin) für Rechnung und im Auftrag der Klägerin verausgabt habe,

sub d) daß die Wohnung und Kost, welche er der Klägerin vom 1. August 1842 bis zum 27. Februar 1848 verabreicht habe, monatlich zusammen fl. 18. — werth gewesen seien.

Auf Grund der beiderseitigen Beweisführungen wurde durch **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 24. Mai 1854 die sub B. d. angegebene Forderung der Beklagten, als ausgeglichen durch den sub A. d. bezeichneten Anspruch der Klägerin, abgewiesen und rücksichtlich mehrerer sub B. a. enthaltenen Posten auf Ausschwörung des der Klägerin eventuell zugeschobenen Eides erkannt, der Beklagte überdieß zur sofortigen Auszahlung eines liquiden Theils der Klagforderung, unter Aussetzung der Entscheidung über den Kostenpunkt, verurtheilt.

Die von dem Beklagten gegen dieſe Entſcheidung ergriffene Appellation wurde durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 18. Auguſt 1854 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 14. Februar 1855, unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten der höheren Inſtanzen verworfen.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Für die erſte Beſchwerde des Beklagten in gegenwärtiger Inſtanz darüber, daß er mit dem Poſten von fl. 1228. 48 kr., welche er für Koſt und Logis der Klägerin während des Zeitraums vom 29. November 1841 bis 8. Januar 1842, und vom 1. Auguſt 1842 bis zum 27. Februar 1848 in Anſpruch genommen, und der klägeriſchen Forderung im Wege der Compenſation entgegengeſetzt hat, abgewieſen ſei, iſt die Bedeutung der Klägerin wie dem Beklagten in dem Erkenntniſſe vom 26. Juni 1848 unter A. d. und B. d. auferlegten Beweiſe entſcheidend. Hätte man dieſelben nur nach ihrer abſtracten Wortfaſſung zu prüfen, ſo wäre nur zu unterſuchen, ob der Inhalt eines jeden dieſer Beweisſätze erbracht ſei, und wenn ſolches zu bejahen wäre, ſo würde als Reſultat ſich herausſtellen, daß die Klägerin jedenfalls dem Beklagten für fünf Jahre und ſieben Monate die Summe von fl. 89. 20 kr. herauszugeben hätte, da der jährliche Betrag, welchen der Beklagte für Wohnung und Beköſtigung der Klägerin in Anſpruch genommen hat, ſich auf fl. 216 beläuft, und mithin die von der Klägerin für ihre Dienſte in Anſpruch genommene Summe um fl. 16 überſteigt. Nicht minder würde ſich aus einer ſolchen abſtracten Auffaſſung ergeben, daß, da für den Poſten B. a. Nr. 41 — Wohnung und Beköſtigung der Klägerin vom 29. November 1841 bis zum 8. Januar 1842 — der [8] Seite 15, zu Ende, der Stadtgerichtsacten erſichtlichen Worte: „Dieſe Forderung beträgt für 68 Monate fl. 1266. 20 kr., welche hiermit compensando geltend gemacht wird," ungeachtet ein die Gegenleiſtung betreffender Beweisſatz fehlt, die für Nr. 41 liquidirte Summe dem Beklagten jedenfalls bezahlt werden müßte. Allein ſchon an ſich hat man den

Sinn eines Beweisinterlocuts nicht aus deſſen deciſiven Worten allein abzuleiten, ſondern deſſen Gründe zur Entwickelung des wahren Sinnes zu benutzen. In dieſen heißt es nun ausdrücklich: „daß die Entſcheidung der Frage, ob die Leiſtung der Einen durch die Gegenleiſtung des Andern als compenſirt zu betrachten ſei? wobei eine genau ausgleichende Abmeſſung nicht ſtatthaft erſcheine, von der Natur und dem Umfang der gegenſeitigen Leiſtungen abhänge; es hätten daher unter Vorbehaltung der Entſcheidung, ob und inwieweit eine Compenſation einzutreten habe, beide Theile den Umfang und Werth ihrer gegenſeitigen Leiſtungen zu beweiſen."

Hierin iſt der Sache nach eine Anerkennung des von den Parteien angedeuteten rechtlichen Geſichtspunktes enthalten. Dieſer beſteht aber darin, es ſei Abſicht der Parteien bei Eingehung ihres Verhältniſſes geweſen, daß die von dem Beklagten der Klägerin gewährte Koſt und Logis durch deren häusliche Dienſtleiſtungen vergolten werden ſollten, die Abſicht ſei mithin auf die Eingehung eines und nicht zweier zweiſeitigen Geſchäfte gerichtet geweſen; es handle ſich alſo nicht darum, ob deren Gegenleiſtungen jetzt zur Compenſation im techniſchen Sinne zu bringen ſeien, ſondern darum, wieviel der Eine von dem Anderen wegen ungenügender Erfüllung der Gegenleiſtung verlangen dürfte. Wenn daher auch in dem Beweisinterlocute im Anſchluß an die in den Parteiſchriften gebrauchten Ausdrücke, von Compenſation die Rede iſt, ſo iſt anzunehmen, daß damit die gedachte Ausgleichung durch Gegenleiſtung gemeint ſei, und jedenfalls iſt in obgedachten Worten klar ausgeſprochen, daß die unter A. d. und B. d. erſichtlichen Beweisnormirungen zunächſt nur als Anhaltspunkte für die Richtung und den Umfang des zu führenden Beweiſes anzuſehen ſeien, und daß namentlich die in ſolchen gedachten Zahlen nur eventuell beſtimmt ſeien, als Normen für eine noch in Betracht kommende Compenſation der gegenſeitigen Forderungen zu dienen. Dieſe Auffaſſung läßt ſich nicht dadurch beſeitigen, nur die deciſiven Worte eines Erkenntniſſes beſchritten die Rechtskraft und nicht deſſen Gründe, inſoferne man damit nur auf die Stelle des Urtheils, an welcher Beides vorkommt, Rückſicht nimmt. Die hervorgehobenen Worte, obgleich unter den ſogenannten Entſcheidungsgründen ſtehend, enthalten vielmehr den Kern der Entſcheidung, während die normirten

Beweisſätze nur den Zweck haben, die Möglichkeit einer umſichtigen Entſcheidung vorzubereiten. Es ſteht daher durch das Erkenntniß vom 26. Juni 1848 noch nichts rechtskräftig feſt über die Frage, inwiefern ſich die beiderſeitigen Leiſtungen decken — ein Standpunkt, welchen das Stadtgericht mit Recht in ſeinen ferneren Entſcheidungen vom 20. April und 7. September 1853 feſtgehalten hat. Anlangend nun

1) die Leiſtungen des Beklagten, ſo ſteht es rechtskräftig feſt, daß er der Klägerin während der ganzen Zeit ihres Aufenthaltes in ſeinem Hauſe neben dem Mitgebrauch der Wohnſtube eine Schlafſtube und die in Frankfurt bei Perſonen ſeines Standes übliche Beköſtigung gewährt hat. Auch iſt beides von den Sachverſtändigen, wiewohl ohne Gründe, zu monatlich fl. 20 veranſchlagt, ſo daß es den Anſchein hat, der Anſchlag des Beklagten von fl. 18 per Monat ſei nichts weniger als überſetzt. Es muß jedoch anderſeits

2) auf Grund des von der Klägerin und Beklagten geführten Beweiſes und eigentlichen Gegenbeweiſes für erbracht angeſehen werden, daß die Klägerin in dem Hausweſen des Beklagten häusliche Dienſte in dem Maaße geleiſtet habe, daß ein Recht des Beklagten, ſich für die von ihm geleiſtete Koſt und Logis von der Klägerin, wenn auch nur theilweiſe, entſchädigen zu laſſen, nicht angenommen werden kann. Als die Klägerin im November 1841 in das Haus des Beklagten kam, war ſie Wittwe und er Wittwer, ſie ohne Familie, er dagegen hatte ein Hausweſen, beſtehend aus einer Tochter, welche den Kinderjahren kaum entwachſen war, einem Geſellen und einem Miethsmanne, welcher zugleich Koſt genoß. Es bedurfte daher der Beklagte einer Perſon, welche ſein Hausweſen beſorgte, ſei es einer Frau oder einer erfahrenen Magd. Wenn Beklagter die Abſicht gehabt hat, ſich mit der Klägerin zu verehelichen, wie nach ſeiner auf Vorhalt der Klägerin gemachten Erwiederung, und nach einem von dem Beklagten producirten Briefe der Klägerin — anzunehmen iſt, und womit auch die Art, wie er ſich in gegenwärtiger Inſtanz ausſpricht, übereinſtimmt, und daran durch die über Klägerin wegen Hehlerei verhängte Unterſuchung ſich behindert erachtet haben will, und ferner die Klägerin dem Beklagten ihr ganzes Vermögen — wohl ſchwerlich ohne gedachte Ausſicht auf Ehelichung — anvertrauet hat, ſo iſt beides

für die Stellung, welche die Klägerin in dem Hauſe des Beklagten eingenommen, von Bedeutung. Es bekundet nämlich die urſprüngliche Abſicht der Parteien dahin, daß der Klägerin eine Stellung in dem Hausweſen des Beklagten eingeräumt werden ſollte, nach welcher ſie, gleichgültig ob Ehefrau oder Haushälterin, die Führung des Hausweſens beſorgen ſollte. Dieſer Auffaſſung des Sachverhältniſſes ſteht

a) nicht entgegen, was Klägerin in ihrer Replikenſchrift behauptet hat. Denn auch die Frau oder die Haushälterin einer Perſon vom Stande des Beklagten hat den Dienſten einer Magd je nach Umſtänden ſich zu unterziehen; und wenn die Klägerin die von ihr geleiſteten Magddienſte beſonders geltend macht, ſo geſchah ſolches nicht in der Abſicht, ihre Leiſtungen als auf dieſe beſchränkt darzuſtellen, ſondern um dem Beklagten den namentlich ins Auge fallenden Geſichtspunkt für die materielle Unhaltbarkeit ſeiner Forderung zunächſt vorzuführen. Damit widerlegt es ſich auch

b) was Beklagter über die mangelnde Nothwendigkeit einer höheren Aufſicht in ſeinem Hausweſen vorgebracht hat. Der Beklagte hat aber

c) die Magddienſte der Klägerin durch die Beſcheinigung zu beſeitigen verſucht, daß der Klägerin von 2036 Tagen, während welcher ſie in ſeinem Hauſe gelebt habe, an 1258 Tagen eine, theilweiſe zwei Mägde zur Seite geſtanden hätten. Es erhellt jedoch hieraus, wenn man berückſichtigt, daß die Mägde Noll und Zahn 83 Tage lang zuſammen gedient haben, nur, daß Beklagter wenig länger als die Hälfte der Zeit hindurch, während welcher die Klägerin bei ihm war, eine Magd gehalten. Überdieß haben Mägde meiſtens je nach Verſchiedenheit ihres Lohnes, ſehr verſchiedene Fähigkeiten, und es erhellt daraus nicht, ob die von dem Beklagten gehaltenen Perſonen nur Ausläuferinnen oder ob dieſelben in dem Stande waren, die Wirthſchaft des Beklagten zu führen.

Daß aber die Klägerin ſolches gethan, ergibt ſich vollſtändig aus den Ausſagen der vernommenen Zeugen.

Es deponirt nämlich

1) — — — — — — — — — — —

Es fragt ſich daher nur noch, ob und in wiefern der Werth

der von der Klägerin geleisteten Dienste auf Grund ihrer wiederholten Krankheiten oder ihrer Geistesschwäche gemindert oder beseitigt werde. — — — — — — — — —

1) — — — — — — — — — — — —

Es ergibt sich aus Allem nichts weniger, als ein derartiger Grad von Irrsinn, daß die Klägerin durch solchen an der Wahrnehmung ihrer häuslichen Geschäfte behindert worden wäre.

Eben so wenig läßt sich auf Grund der obstehenden Depositionen dasselbe von dem Krankheitszustand der Herle überhaupt behaupten. Sollte dieselbe auch häufiger, als für Leisler's Wirthschaft wünschenswerth war, an Krankheit wirklich oder in ihrer Einbildung gelitten, und demnach das Bett nicht selten, gar nicht, oder erst spät verlassen haben, so erscheint dadurch zwar der Gesammtwerth ihrer häuslichen Thätigkeit beeinträchtigt, allein keineswegs in der Maaßen, daß dadurch eine Forderung des Beklagten für das der Klägerin gewährte Logis und Essen gerechtfertigt erscheinen könnte. Dieselbe befand sich nämlich noch in den Jahren, in welchen sie, abgesehen von freier Kost und Logis, ein Geldäquivalent für ihre Dienste in Anspruch zu nehmen berechtigt erscheint, mit welchem daher der Werth für Kost und Logis während ihrer Krankheit billiger Weise in Aufrechnung zu bringen ist. Jedenfalls hat aber der Beklagte, wenn er das seit November 1841, dem Einzug der Klägerin in das Haus des Beklagten bestehende Verhältniß zwischen Beklagtem und der Klägerin auch nach der Rückkehr der Letzteren aus der Untersuchungshaft, August 1842, im Hause fortdauern ließ, es sich selbst beizumessen, wenn auch die allen Umständen nach ursprünglich vorhandene Absicht beider Theile, daß die beiderseitigen Leistungen sich gegenseitig decken sollten, als fortbestehend angesehen wird. Wollte er dieses nicht, so war es seine Pflicht, sich gegen die Klägerin damals klar auszusprechen, und er kann, nachdem längere Zeit vor dem Scheiden der Klägerin aus dem Hause des Beklagten Jene dem Hausstande genügend vorgestanden, jetzt, wo sie sich beide in Unfrieden getrennt haben, die in eine frühere Zeit fallende Kränklichkeit der Klägerin, welche eine abgesonderte Pflege überall nicht nothwendig gemacht hat, nicht benützen, um eine zur Zeit jener Kränklichkeit nicht beabsichtigte Forderung daraus herzuleiten.

Gänzlich verwerflich ist sodann die zweite Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz darüber, daß in Betreff mehrerer angeblich für Rechnung und im Auftrag der Klägerin verauslagter Posten — — auf den Schiedseid erkannt und nicht der Erfüllungseid in Ansehung derselben ihm auferlegt sei. Daß die Briefe des Beklagten vom 7. April und 21. Mai 1842 für die Leistung der Zahlung ohne Bedeutung sind, ergibt deren Inhalt ohne Weiteres. Der Besitz der Quitttungen, in welchen nach Inhalt des Briefes vom 21. Mai der Beklagte sich sehr wohl gesetzt haben kann, und welcher schon an sich bei dem langjährigen engen Zusammenleben der Parteien jede Bedeutung verliert, würde nicht einmal die Zuerkennung eines Reinigungseides an die Klägerin rechtfertigen, vielweniger die eines Erfüllungseides an den Beklagten. — — —

Auch die dritte Beschwerde des Beklagten in jetziger Instanz darüber, daß er das, was er an die Klägerin herauszuzahlen habe, sofort, und nicht wenigstens nach vorgängiger Sicherheitstellung der Klägerin in Betreff der Rückzahlung herauszahlen solle, mußte verworfen werden, denn der Grund, daß das Erkenntniß über die Kosten vorbehalten sei, führt nicht zu dem von dem Beklagten beantragten Resultat. In dem gegenwärtigen Rechtsstreit ist schon mehrfach, sobald von der Forderung der Klägerin durch Geständniß beziehungsweise Beseitigung der Einwendungen des Beklagten ein weiteres Quantum liquide gestellt war, dessen Auszahlung verordnet, und wenn der Beklagte sich gegenwärtig dem gleichen Verfahren widersetzt, so übersieht er theils, daß es im Beihalt des Inhalts des ersten Erkenntnisses zur Zeit völlig illiquide ist, ob Beklagter von der Klägerin an Prozeßkosten Etwas zu fordern haben werde, theils daß die Armuth der Klägerin keinen Grund für seinen Antrag auf Sicherstellung abgibt, da solches materiell den Antrag auf Caution für die Prozeßkosten enthält, von der sie als Frankfurtische Bürgerin frei ist.

Ein Grund, dem Verlangen des Beklagten zu entsprechen, daß die Kosten voriger Instanz verglichen würden, war nicht vorhanden, da das von dem Stadtgericht begangene Versehen schon durch einen bei solchem zu stellenden Antrag berichtigt werden konnte.

47.

Frankfurt-Hanauer Eisenbahn-Gesellschaft, Klägerin, wider **Georg Philipp Boch** und Ehefrau, geb. Hartmann, Beklagte, wegen Entäußerung.

Aus dem **Erkenntniß des Stadtgerichts I.** vom 6. Juli 1853:

— — — — — — — — — — —

III. Den Sachverständigen Sconto, Freyeisen und Beck war durch das Decret vom 14. Mai 1852 die Taxation des Werthes der auf der expropriirten Parzelle befindlich gewesenen Anpflanzungen aufgegeben, und es waren diese Sachverständigen zu ihrer näheren Instruirung auf den bezüglichen Inhalt der Entscheidungsgründe zum Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 12. Februar 1851 und der zum Erkenntniß in der Ober-Appellationsinstanz vom 9. Februar 1852 verwiesen worden.

Nachdem die eingelangten Gutachten der Sachverständigen Sconto und Freyeisen und das Separatgutachten des Sachverständigen Beck sich nicht als die diesen Sachverständigen gemachte Auflage erschöpfend herausgestellt hatten, wurden dieselben durch Decret vom 10. Januar 1853 zur Einreichung eines weiteren Gutachtens über ihnen speciell vorgelegte Punkte angewiesen.

Es haben nun

1) die Sachverständigen Sconto und Freyeisen in ihrem abgegebenen motivirten Gutachten den fraglichen Anpflanzungen, mit Ausnahme des großen Kirschbaumes und der 22 Weinstöcke nebst Spalier, einen Handelswerth von fl. 1672, den letztgedachten ausgenommenen Anpflanzungen aber einen Brennholzwerth von fl. 8 beigemessen, während

2) der Sachverständige Beck in seinem Separatgutachten die sämmtlichen Anpflanzungen als werthlos dargestellt und seine Ansicht dahin geäußert hat, daß nur ein geringer Theil der

Anpflanzungen zur Versetzung geeignet gewesen sei und die mit dieser verbundenen Kosten den Erlös absorbirt haben würden. Auch hätten die übrigen Anpflanzungen bis auf den Kirschbaum keinen Brennholzwerth gehabt, und es wären die Kosten für Herausnahme und Machlohn dieses Baumes dem Brennholzwerth desselben nicht gleich gekommen.

3) Bei Beurtheilung des Gutachtens der Sachverständigen Sconto und Freyeisen ist hervorzuheben, daß dieselben den sämmtlichen der Versetzung unterlegenen Anpflanzungen den nämlichen Werth beigelegt, als wie sie dieß in ihrem früheren Bericht für den Fall der Belassung im Grund und Boden gethan haben, wo doch nach diesem Bericht von den in üblicher Zeit versetzten Anpflanzungen nur manche um den Preis, wie die Handelsgärtner dieselben gewöhnlich verkaufen, zu verwerthen sein sollten.

4) Bei der zwischen der Ansicht der Sachverständigen Sconto und Freyeisen und der des Sachverständigen Beck obwaltenden wesentlichen Divergenz und bei dem Mangel eines hinreichenden Anhaltspunktes für die Entscheidung darüber, ob und inwieweit der einen oder der anderen dieser beiden Ansichten der Vorzug zu geben sei, bleibt hier ebenfalls nichts übrig, als mit Bezug auf den § 35 des Entäußerungsgesetzes vom 22. Juni 1847 eine neue Taxation anzuordnen und solche durch anderweit zu ernennende Sachverständige vornehmen zu lassen, welche freilich ohne eigene Anschauung der betreffenden Gegenstände das Substrat ihrer Begutachtung nur aus den Acten und insbesondere aus dem Protocoll der Gerichtscommission vom 24. August 1848 werden entnehmen können.

Diesem nach wird verfügt:

A. — — — — — — — — — — — —

B. Es ist durch anderweit zu ernennende Sachverständige zu begutachten:

a) — — — — — — — — — — — —

c) ob und welche der auf der entäußerten Parcelle befindlich gewesenen Anpflanzungen für den Fall der Herausnahme aus dem Boden in der günstigen Jahreszeit:

a) einen Handelswerth und welchen?

b) lediglich einen Brennholzwerth und welchen? und
c) etwa gar keinen Werth gehabt haben würden.

C. — — — — — — — — — — — — —

Auf beiderseitige Appellation wurde vorstehender Theil der stadtgerichtlichen Entscheidung durch Erkenntnisse des Apellationsgerichts vom 4. November 1853 bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. Februar 1855.

Auf Appellation der Beklagten und Adhäsion der Klägerin.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für statthaft zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, zwar das auf die klägerische Appellation ergangene Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. November 1853. Nr. 1280 zu bestätigen, dagegen das unter gleichem Datum auf Appellation der Beklagten erfolgte Urtheil des Appellationsgerichts Nr. 1281 und das darin bestätigte Decisum sub B. c. des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 6. Juli 1853 wieder aufzuheben, und unter Vergleichung der durch die beklagtische Appellation in voriger Instanz erwachsenen Kosten, der Brennholz- resp. Handelswerth der auf der entäußerten Parzelle E. F. D. G. zur Zeit der stattgehabten Expropriation befindlich gewesenen Anpflanzungen auf die Summe von Eilfhundert und vierzehn Gulden vierzig Kreuzer definitiv festzusetzen sei,

und wird nunmehr, unter Compensation der Kosten jetziger Instanz, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

In vorliegender Sache steht von den verschiedenen im s. g. Separatverfahren Seitens der Parteien verhandelten Ersatz-Ansprüchen, welche die Beklagten in Betreff des zur Entäußerung gekommenen Garten-Areals E. F. D. G. erhoben haben, gegen

wärtig diejenige Entschädigung, welche sie für die darauf zur Zeit der Statt gehabten Expropriation befindlich gewesenen resp. noch befindlichen Anpflanzungen fordern, allein in Frage, und steht zugleich durch die am 12. Februar 1851 und 9. Februar 1852 eröffneten Urtheile der Gießener und Berliner Facultät dieß rechtskräftig fest, daß die Beklagten nur denjenigen Brennholz- und beziehungsweise Handelswerth noch zu liquidiren und zu verlangen berechtigt seien, welchen gedachte Anpflanzungen nach deren Herausnahme aus dem Boden, falls nur solche in der für Versetzung günstigen Jahreszeit erfolgt wäre, gehabt haben würden.

Die in solcher Richtung (und zwar Seitens derselben Sachverständigen Freyeisen, Sconto und Beck, welche bereits im eigentlichen Expropriationsverfahren über den Werth gedachter Anpflanzungen für den Fall der Herausnahme sowohl als für den entgegengesetzten Fall, oder wie es in der betreffenden Instruction heißt „in ihrem gegenwärtigen Zustande," sich in den vorliegenden Berichten vom 28. September und 1. October 1847, und in dem dazu von den beiden erstgenannten Experten auf besondere Weisung gelieferten Nachtrage gutachtlich geäußert halten) durch Stadtgerichts-Bescheid vom 14. Mai 1852 angeordnete neue Expertise hat so wenig als jene frühere zu einem gemeinschaftlichen und übereinstimmenden Gutachten geführt, indem der von der Klägerin producirte Sachverständige Gärtner Beck in seinem Gutachten vom 13. November 1852 den gesammten Anpflanzungen, welche in ihrem vollen Werthe als im Boden stehend auch von ihm nochmals zu fl. 1874 taxirt worden sind, für den Fall, daß sie „aus dem Boden herausgenommen" worden wären, überhaupt keinen Werth, also auch keinen Brennholz- oder Handelswerth beilegen zu können erklärte, dagegen von dem beklagtischen Sachverständigen, Feldgeschworenen Freyeisen, und von dem gerichtsseitig ernannten Obmann, Schultheißen Sconto, in dem Berichte vom 16. November 1852 übereinstimmend als Handels- resp. Brennholzwerth der gedachten Anpflanzungen der Beklagten eine Entschädigung von fl. 1682 — oder — auf welche Summe dieselben auch schon in voriger Instanz ihre Entschädigungsansprüche, beschränkt haben, — nach Abzug eines doppelt verrechneten Postens

von fl. 10 — richtiger von fl. 1672 zugebilligt wurde. Wegen dieſer für weſentlich erachteten Divergenz der Gutachten wurde zunächſt noch durch Decret vom 10. Januar 1853 ein „nachträgliches motivirtes Gutachten" von allen drei Experten erfordert, und zwar von Beck darüber, weßhalb ſelbſt bei Herausnahme in günſtiger Jahreszeit ſämmtliche Anpflanzungen jeden Werth verloren haben würden, von den beiden anderen darüber, aus welchem Grunde unter gedachter Vorausſetzung der Handelswerth eben ſo hoch, als der bei unterſtellter Verbindung mit dem Grund und Boden früher von ihnen ausgemittelte Werth angeſchlagen worden ſei; und nachdem dieß weitere Gutachten unter dem 4. resp. 6. Juli erſtattet worden war, zu einem anderen Reſultate aber nicht geführt hatte, hat das in der Sent. a qua in ſo weit lediglich beſtätigte Stadtgerichtserkenntniß vom 6. Juli 1853 mittelſt Decisa B. c. und C. unter Bezug auf §. 35 des Expropriationsgeſetzes vom 22. Juni 1847 eine ganz neue Taxation durch anderweit zu ernennende Sach- und zwar Feld- und Gartenverſtändige angeordnet.

Dieſe gänzliche Beiſeitſetzung aller bisherigen Gutachten, ſowie Anordnung einer ganz neuen Expertiſe iſt es, worüber

I. beide Theile vor Allem ſowohl in voriger Inſtanz mittelſt ſelbſtſtändiger Appellation, als auch in jetziger die Beklagten im Grav. I. ihres Libells, Klägerin dagegen mittelſt ihrer, formell für durchaus ſtatthaft zu erachtenden Adhäſion ſich beſchwert haben. Dieſen Beſchwerden mußte auch, obſchon die Zweifelhaftigkeit ſich nicht verkennen ließ, aus folgenden Gründen dahin Folge gegeben werden, daß von jeder neuen Expertiſe, bewandten Umſtänden nach, abzuſtehen ſei.

Dem zuvörderſt iſt

1) zwiſchen den durch die vorderen Erkenntniſſe jetzt bei Seite geſetzten Gutachten vom 13. und 16. November 1852 nicht ſowohl bloß in den Schätzungsangaben eine Abweichung zu befinden, als vielmehr hat das allerdings auffallende Reſultat, daß den von zwei Experten zu einem Handels- resp. Holzwerth von über fl. 1600 veranſchlagten Anpflanzungen von dem dritten Experten aller und jeder Werth abgeſprochen worden iſt, eigentlich nur darin ſeinen Grund, daß über die factiſchen Vorausſetzungen der Schätzung,

ob nämlich und wie weit jene Anpflanzungen damals noch für versetzbar zu erachten gewesen, und über die technischen Principien, nach welchen unter Voraussetzung solcher Versetzbarkeit der Handels-, entgegengesetzten Falls der Brennholzwerth zu berechnen sei, namentlich über die Berücksichtigung, welche die Kosten der Herausnahme resp. Fällung finden müßten, eine Divergenz der Ansichten zwischen den Experten besteht, indem insbesondere Beck der Meinung ist, es würde durch gedachte Kosten der etwa noch einzelnen Anpflanzungen wegen Versetzbarkeit beizulegende Handelswerth, und ebenso der Werth der an sich zu Brennholz geeigneten Bäume u. s. w. in einer Weise aufgewogen oder gar überschritten worden sein, welche auf eine Abnahme für Geld nicht hätte rechnen, oder doch von deren Verkauf dem letzten Resultate nach keinen Gewinn hätte erwarten lassen.

Sodann aber ist

2) die Anordnung einer wiederholten Schätzung immer von dem Ermessen des Richters abhängig, und bloß eine facultative Befugniß desselben, auch unverkennbar diese Retaxation nur unter der Voraussetzung nachgelassen, daß eine solche durch andere Sachverständige nicht bloß den gegebenen Umständen nach ausführbar, sondern auch für die endgültige Bestimmung der Entschädigung eine verläßliche Grundlage zu geben geeignet erscheine. Dieß aber ist vorliegend zu verneinen.

Seit der schon im August 1848 erfolgten Immission der Klägerin in die expropriirte Parcelle sind nämlich

a) alle jene Anpflanzungen bis auf fünf angeblich noch darauf stehende Birken, vollständig beseitigt, so daß die neuen Experten, wenn sie nicht etwa zufällig von früher her Kenntniß und Erinnerung jener ehemaligen Gartenanlage haben, sich ganz außer Stande befinden, durch Augenscheinseinnahme sich von Zahl, Gattung, Beschaffenheit u. s. w. der von ihnen zu taxirenden Anpflanzungen Kenntniß zu verschaffen. Völlig ungenügend zum Ersatz dieses Mangels muß auch das Protocoll über die am 24. August 1848 auf der Beklagten Antrag erfolgte, aber trotz deren deßfallsigen Bitte nicht alsbald mit Schätzung durch Gartenverständige verbunden gewesene Augenscheinseinnahme erachtet werden, auf welches

die neu zu ernennenden Experten behufs der von ihnen erforderten Schätzung in den vorderen Erkenntniſſen verwieſen worden ſind. Denn dieß Protocoll gibt ſelbſt in Betreff der darin nach Gattung und Stückzahl aufgeführten Fruchtbäume, welche ſich vorgefunden hatten, die Größe und Beſchaffenheit nicht näher und weiter an, als daß von zwei Kirſchbäumen das Alter bemerkt iſt; und hinſichtlich der ſonſtigen dieſen ſogenannten engliſchen Garten bildenden Anpflanzungen findet ſich nicht einmal Gattung und Stückzahl genau verzeichnet, vielmehr bloß generell vermerkt, daß verſchiedene Arten von Bäumen, Sträucher, Gewächſen und Blumen, wie ſie in Zier- und Luſtgärten ſonſt vorkämen, vorgefunden worden ſeien.

Nun aber

b) handelt es ſich einerſeits vorliegend nicht etwa bloß darum, wie hoch ungefähr der Holz-, resp. Handelswerth der Bäume, Sträucher, Zierpflanzen u. ſ. w. anzuſchlagen ſein möchte, welche für einen gleich großen und ähnlich angelegten Garten, als die angeblich im Jahr 1842 gemachte beklagtiſche Anlage nach der beigegebenen Zeichnung geweſen ſein mag, muthmaaßlich zur Verwendung gekommen wären und nach ſechs Jahren noch ſich vorgefunden haben könnten, ſondern es ſoll nach jener doppelten Richtung hin gerade der ſpecielle Werth ermittelt werden, welchen die einzelnen, effectiv bei der Expropriation noch vorhanden geweſenen Anpflanzungen als ſolche und nach ihrer individuellen Beſchaffenheit gehabt hätten, wie dieß ſowohl aus dem von Anfang an feſtgehaltenen Gegenſatze zwiſchen einer „nach ihrem gegenwärtigen Zuſtande“ oder „in Verbindung mit dem Boden,“ und zwiſchen einer unter vorausgeſetzter Herausnahme aus dem Boden zu bewirkenden Schätzung, als insbeſondere aus der Faſſung erhellt, welche den im Decrete vom 10. Januar 1853 den früheren Experten für ihr „nachträgliches motivirtes Gutachten“ geſtellten Fragen gegeben worden, und für die neu angeordnete Expertiſe in dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 6. Juli 1853 wörtlich beibehalten, nur durch Verweis auf das Augenſcheinsprotocoll vom 24. Auguſt 1848 ergänzt worden iſt. Andererſeits liegt es klar zu Tage, daß ſelbſt von den früheren Sachverſtändigen, obwohl ſie den fraglichen Garten wiederholt in Augenſchein genommen hatten, kaum noch nach ſo

vielen Jahren eine ganz vollständige und unbedingt verläßliche Erinnerung und Begutachtung darüber zu erwarten steht, von welcher Zahl, Gattung und Beschaffenheit alle jene einzelnen Anpflanzungen gewesen, sowie, ob und in welcher Maaße denselben eine Versetzbarkeit, resp. ob und wie hoch ein Handelswerth oder bloßer Brennholzwerth damals habe beigelegt werden können, und daß vollends für solche Sachverständige, denen jede eigene Kenntniß der früheren Gartenanlage und ihrer Bestandtheile eben so fehlt, als die Möglichkeit, sich nachträglich von Beschaffenheit und Größe, oder auch nur von Stückzahl und Gattung jener Anpflanzungen zu vergewissern, eine Taxation der obigen Art ganz unthunlich erscheint, und entweder von denselben abgelehnt werden oder doch jeder Beweiskraft entbehren würde. Diese Unthunlichkeit und Unverläßlichkeit der hier in Frage stehenden Retaxation durch neu ernannte Sachverständige wird denn auch von beiden Parteien, obschon von den Beklagten in ihrer Erklärung auf die Adhäsion nicht mehr so unbedingt, als in ihrem Libelle anerkannt, und wenngleich diese Übereinstimmung nicht schlechthin maaßgebend sein kann für den Richter, so ist sie doch von um so erheblicherem Gewichte, als

3) von den vorliegenden Gutachten das Freyeisen-Sconto-sche nicht für so verwerflich zu erachten ist, als es auf den ersten Blick scheinen mag und von den früheren Instanzen angenommen worden ist, wiederum auch das Beck'sche zu gegründeten Bedenken gegen die darin niedergelegte Ansicht, daß für den Fall der Herausnahme gar kein Werth jenen Anpflanzungen beizulegen gewesen wäre, Anlaß gibt.

Denn

a) selbst ausgegangen davon, daß im vorliegenden Falle der Handelswerth nicht nach den im Verkehr gemeingewöhnlichen Preisen, sondern nur mit Rücksicht auf die speciell bei den fraglichen Anpflanzungen nach deren Alter und Beschaffenheit Behufs erfolgreicher Versetzung muthmaaßlich erforderlichen Kosten zu ermitteln sei, und zugegeben, es wären die letzteren, namentlich bei den größeren Bäumen wie Sträuchern so hoch anzuschlagen, daß Wunsch und Aussicht in kürzerer Frist als sonst eine vollständige Garten-

anlage zu erzielen, höchstens zu Übernahme jener Kosten und des mit solcher Versetzung immer verbundenen Risico's, nicht aber außerdem noch zu Zahlung eines Kaufpreises hätte bestimmen können, so läßt sich doch bei dem geringen Alter der ganzen Gartenanlage solches nicht von allen darin befindlich gewesenen Anpflanzungen, am wenigsten von den Blumengewächsen annehmen. Zugleich erscheint es aber auch nach der Tendenz der hier in Frage stehenden Schätzung, bei welcher jede der Anpflanzungen für sich in Betracht kommt, durchaus unzulässig, den für einzelne Gattungen oder Stücke sich ergebenden Handelswerth dadurch absorbiren zu lassen, daß bei anderen die Versetzungskosten noch größer als deren gewöhnlicher Preis im Handelsverkehr angeschlagen werden müßten. Den gesammten Anpflanzungen allen und jeden Handelswerth abgesprochen zu sehen, wie es von Beck geschehen ist, darf daher billig befremden, und nicht minder auffällig ist, daß jenen Anpflanzungen, welche in ihrem ursprünglichen Zustande zu nahe an fl. 1900 übereinstimmend taxirt sind, für den Fall der Wegnahme schlechthin jeder Brennholzwerth fehlen soll, welcher allerdings bei den Blumengewächsen kaum denkbar ist, auch für die Mehrzahl der Gesträuche ein sehr geringer sein mag, aber doch bei allen, und namentlich bei den vorhanden gewesenen Bäumen um so weniger ganz verneint werden kann, als es sich für die fragliche Verwerthung nicht um Herausnahme und die davon zu gewärtigende, von Beck in Betreff des alten Kirschbaumes, jedoch auch nur bei diesem über den Holzwerth angeschlagenen Ausgabe, sondern nur um die aller Erfahrung und der Natur der Sache nach nicht erheblichen Kosten der Fällung handeln würde.

Wie aber hiernach der Beck'sche Ausspruch schwer begreiflich ist, so muß es

b) andererseits auf den ersten Blick gewiß auffallen, daß Freyeisen und Sconto (abgesehen von den Fruchtbäumen, welche sie früher insgesammt zu fl. 274 und darunter die jetzt nur noch als Brennholz speciell in Anschlag gekommenen, damals offenbar nach dem muthmaaßlichen Ertrage geschätzten Weinstöcke und Kirschbaum mit fl. 210 angesetzt hatten), gegenwärtig für die unter Voraussetzung ihrer Trennung vom Boden zu machende

Abſchätzung des Handelswerths der einzelnen Anpflanzungen der Summe nach ziemlich zu demſelben Reſultate gelangt ſind, wie bei ihrer früheren Taxe, für welche doch der Geſichtspunkt maaßgebend war, daß der Geſammtwerth der Anpflanzungen in ihrer Verbindung mit dem Boden und in ihrem Complex als Gartenanlage feſtzuſtellen ſei. Denn außer dem Handelswerth, welchen ſie ſchon bei ihrer früheren Schätzung zu Grunde gelegt haben wollen, müßten doch für die Schätzung des Gartens als ſolchen auch noch mindeſtens die Koſten der Anlegung mit in Anſchlag gekommen ſein, und möglicherweiſe könnte auch der Werth mit berückſichtigt ſein, welcher dem Garten in künſtleriſcher Beziehung oder vom Geſichtspunkte ſeiner Annehmlichkeit für den Beſitzer beizulegen geweſen ſein mag. Den Anſchein gewinnt es hiernach allerdings, als könne entweder damals nicht nach Handelswerth, wie gleichwohl verſichert wird, taxirt, oder jetzt weder die Trennung vom Boden berückſichtigt, noch der angebliche Handelswerth richtig geſchätzt ſein.

Indeſſen läßt ſich einmal der für eine bloße Feldtaxe ſehr hohe Grundwerth, zu welchem Freyeiſen und Sconto das zu expropriirende Areal, auch abgeſehen von deſſen etwaniger Bauplatz-Qualität, in ihrer Taxe vom 1. October 1847 mit fl. 10 resp. fl. 11000 pro Morgen angeſetzt haben, ſowie der fernere Umſtand, daß ſie daſſelbe zwar mit Ausſchluß der darauf befindlichen Anpflanzungen und Baulichkeiten, aber doch als Garten taxirt zu haben erklären, und daß ſie gerade dieſer Taxe Bemerkungen über deſſen gute Lage und Beſchaffenheit, auch über die ſehr geſchmackvolle Anlegung deſſelben vorangeſchickt haben, die Annahme gerechtfertigt erſcheinen, daß ſie jedenfalls jenes Schätzungsmoment, welches man den Kunſtwerth des Gartens nennen könnte, muthmaaßlich aber auch die Anlegungskoſten, ſoweit ſolche ſich auf die Geſtaltung des Bodens bezogen, ſchon bei Beſtimmung des Grundwerths in Betracht gezogen hatten. Außerdem weiſet in dem damaligen Berichte nicht nur nichts darauf hin, daß die Taxe der Anpflanzungen ſelbſt nicht nach Handelswerth geſchehen ſei, ſondern es wird dieß ſogar dadurch nicht unwahrſcheinlich, daß die Experten für die zur Verſetzung günſtige Jahreszeit (im Gutachten vom

1. October freilich nur für „manches von dieſen ſchönen und wohlgehaltenen Exemplaren," im Nachtrage aber vom $^{27}/_{29}$. Juni ohne ſolche Beſchränkung) den Anpflanzungen den „Handelsgärtnerwerth" beilegen, und eine Verwerthung um den „Preis, wie die Handelsgärtner dieſe Sträucher zu verkaufen pflegen," in Ausſicht ſtellen. Ja ſelbſt wenn man davon ausginge, daß in der Taxſumme von fl. 1874 außer den Koſten der eigentlichen Anpflanzung auch die der ganzen Anlegung des Gartens begriffen wären, und daß erſtere von nicht ganz unbedeutendem Betrage geweſen ſein müßten, ſo würde immer noch dieß in Betracht kommen, daß beide Experten theils auf die Größe, zu welcher ſeit Anlegung des Gartens die Bäume und Sträucher herangewachſen ſeien, beſonders Gewicht legen und deßhalb denſelben einen bedeutend höheren Werth beilegen, als ſie früher angekauft ſein möchten, theils ganz vorzüglich dieß herausheben, es würden die meiſten der Zierſträucher, was gleichfalls im Verhältniß zu den erſten Anlegungskoſten eine bedeutende Werthsſteigerung bei Feſthaltung deſſelben Taxmaaßſtabes ergeben muß, je 20 bis 30 zum Verkauf geeignete Ableger geliefert haben.

Es läßt ſich daher weder die Verſicherung, daß ſchon bei der erſten Taxe der Handelswerth zu Grunde gelegt worden ſei, wo dann die Gleichheit der jetzigen Schätzungsſumme mit der damaligen nichts Auffallendes hat, ohne Weiteres für ein grundloſes Vorgeben erklären, noch auch läßt ſich aus jener Gleichheit oder aus der Höhe der jetzigen Schätzung mit Sicherheit die Folgerung ziehen, daß bei derſelben auf die Trennung vom Boden keine Rückſicht genommen und die dieſerhalb den Experten ausdrücklich gegebene Weiſung hintangeſetzt worden ſei. Für ſehr hoch gegriffen wird allerdings dieſe Schätzung des Handelswerths erachtet werden müſſen. Allein, daß ſie abſolut verwerflich ſei und nur bei völligem Mangel an Sachkenntniß, oder bei Pflichtvergeſſenheit, namentlich bei Hintanſetzung der Inſtruction, ſo hoch ausgefallen ſein könne, wird an ſich und nach Inhalt der Gutachten ſo wenig als im Beihalte der Beck'ſchen Taxation ſich behaupten laſſen, zumal über Verſetzbarkeit oder Nichtverſetzbarkeit, ſowie darüber, ob zu Beſtimmung des Handelswerths die Verſetzungskoſten auf den Preis der Pflanzen in Anrechnung zu bringen ſeien oder nicht,

und wie hoch ſich ſolche belaufen möchten, eine Verſchiedenheit der Anſicht wohl denkbar iſt, hierin aber gerade der Beck'ſche Ausſpruch völliger Werthloſigkeit aller jener Anpflanzungen und die Differenz ſeiner und der anderen Schätzung wurzelt.

War nun dieſem Allen nach bei der bisherigen Expertiſe ſtehen zu bleiben, und die in den vorderen Inſtanzen beliebte Anordnung einer neuen Taxation durch andere Sachverſtändige wieder aufzuheben, ſo konnte, ſoviel

II. die in Folge deſſen in der Sache ſelbſt zu treffende Entſcheidung anbelangt, zunächſt

1) — — — — — — — — — — — —

Anbelangend aber die Frage:

2) in welcher Maaßen auf Grund der bisherigen Expertiſe den Anträgen der Beklagten auf Verurtheilung der Klägerin Folge zu geben ſei, ſo entbehrte

a) das Verlangen derſelben, den ganzen rectificirten Schätzungsbetrag des Freyeiſen-Sconto'ſchen Gutachtens mit fl. 1672 zugeſprochen zu erhalten, jedes ausreichenden Grundes. Denn weder iſt es als ein allgemein recipirter Grundſatz zu erachten, noch iſt es vom doctrinellen Standpunkte aus zu billigen, auch bereits mehrfach vom Ober-Appellationsgerichte reprobirt worden, daß, wie Beklagte vermeinen und verlangen, bei Divergenz techniſcher Gutachten, wo ſolche nicht bloß in Verſchiedenheit der Taxſumme beſtehe, der Richter der Majorität zu folgen, oder doch, je nach ſeinem Ermeſſen dasjenige zu Grunde zu legen habe, welches ihm beſſer motivirt ſcheine. Außerdem unterliegen die hier in Frage ſtehenden Gutachten, wenn auch in verſchiedener Richtung und Maaßen, ſämmtlich mancherlei Ausſtellungen, und kann gleich das Beck'ſche Gutachten nicht zu Gunſten der Klägerin entſcheiden, ſo muß es ihr doch darin, daß es ſeinem letzten Reſultate nach die den Beklagten zuerkannte Entſchädigung auf Nichts beſtimmt, mit zu Gute kommen und bei der im Falle differenter Taxationen nach der Zahl der Schätzer und dem Betrage aller Schätzungen zu ziehenden Durchſchnittsſumme mit berückſichtigt werden. Es war daher

b) lediglich dem in der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin für ungleiche Schätzungen als Regel anerkannten, durch § 35 des

Expropriationsgeſetzes vom 22. Juni 1847 nur in einzelnen Beziehungen modificirten Prinzipe der Durchſchnittsziehung zu folgen, und hiernach ohne Weiteres den Beklagten für die ſtreitigen Anpflanzungen, die von Freyeiſen und Sconte begutachtete Entſchädigungsſumme zu $^2/_3$ zuzubilligen, jedoch

c) auf dieſen Betrag nicht ſowohl ſchon jetzt eine Condemnation der Klägerin auszuſprechen, als vielmehr mit Rückſicht auf die über die anderweiten Streitpunkte des Separatverfahrens annoch bevorſtehenden Retaxationen, der gegenwärtig in Frage ſtehende Entſchädigungsanſpruch vorerſt nur in der Weiſe, wie dieß Seitens des Stadtgerichts in Betreff der für die Baulichkeiten auf dem expropriirten Areale annoch der Klägerin obliegenden Entſchädigung geſchehen iſt, definitiv feſtzuſtellen, und dem am Schluſſe des ganzen Separatverfahrens zu erlaſſenden Enderkenntniſſe ſowohl die deßfallſige formelle Verurtheilung, als auch darüber die materielle Entſcheidung vorzubehalten, ob und wie weit der bisher zwar ſchon zur Sprache gekommene, auch in das Petitum mit aufgenommene, aber doch mehr nur nebenher erörterte und überdieß für alle ſonſtigen noch unerledigten Nachentſchädigungen gleichfalls zur Entſcheidung ausſtehende Anſpruch der Beklagten auf Zinſen vom Tage der Expropriation ab für rechtsbegründet zu erachten ſei.

Die für die jetzige, und bezüglich der beklagtiſchen Appellation auch für die vorige Inſtanz ausgeſprochene durchgängige Koſtenvergleichung rechtfertigt ſich, da der Adhäſion wenigſtens ſo weit, als dieſelbe auf Beſeitigung der angeordneten neuen Expertiſe gerichtet war, Folge zu geben ſtand, und da den Beklagten die verlangte Entſchädigung nur zu $^2/_3$ zugebilligt werden konnte, durch die jetzt ergangene Reformatoria von ſelbſt, war aber auf die Koſten der klägeriſchen Appellation voriger Inſtanz nicht mit zu erſtrecken, indem Klägerin mit ihrem auf Abweiſung der Beklagten geſtellten Principal-Gravamen mit Recht vom Appellationsgerichte abgewieſen worden iſt, überdieß auch über ihre Verurtheilung in die gedachten Koſten adhaerendo jetzt keine Beſchwerde geſtellt hat.

48.

Verlassenschaft der J. E. E'schen Eheleute, i. sp. Anfechtung der gerichtlichen Bestellung eines Theilungsbeistandes von Seiten der Vormünder der minderjährigen Miterbin **E. M. E.**

Vorbemerkung.

Die E'schen Eheleute hatten in einem am 20. August 1838 errichteten gemeinschaftlichen Testamente zu Erben ihres Nachlasses „auf gleiche Theile" eingesetzt:

1) einen Sohn **L.** E. E. oder dessen eheliche Nachkommen und
2) eine Enkelin **E.** M. E. (Tochter eines verstorbenen Sohnes Joh. Ludw. E.) oder deren eheliche Nachkommen.

In § 5 dieses Testaments war weiter verfügt:

„— — da sich nach der gewissenhaften Vermögensberechnung in oberwähnter Testamentsbeilage die Hälfte unseres Vermögens, nach Abzug der unten verordneten Legate auf fl. 110,000 stellt, so soll nach dem Tode des Letztlebenden von uns Beiden unser Sohn oder dessen eheliche Nachkommen unser gesammtes, bei dem Tode des Letztlebenden von uns sich vorfindendes und nachgelassenes Vermögen, sowohl das bewegliche, als auch das unbewegliche, sowohl das hier, als auch das auswärts sich befindende, Activa und Passiva, nichts davon ausgenommen, sammt den unten § 14 ausgesetzt werdenden Legaten übernehmen, und gegen diese Übernahme und Überlassung unserer Enkelin E. M. E. als deren Erbtheil die Summe von fl. 110,000 entrichten." —

In einem von der letztverstorbenen E'schen Ehefrau, nach dem Tode ihres Ehemannes, am 7. December 1849 errichteten späteren Testamente, wurde unter ausdrücklicher Bestätigung des früheren gemeinschaftlichen Testaments, der Enkelin E. M. E. ein weiteres Prälegat von fl. 16,000 vermacht. —

Auf Erbschaftsantretung von Seiten der Vormünder der minderjährigen Enkelin E. M. E. erfolgte nachstehendes

Decret des Stadtgerichts II.

vom 3. April 1854.

In Erwägung daß

— — — — — — — — —

3) die beiden zur großelterlichen Erbschaft Berufenen dermalen noch minderjährig sind, mithin die Bestellung eines Theilungsbeistandes für beide Erbinteressenten rechtlich begründet erscheint, im Übrigen aber dem Theilungsbeistande überlassen bleiben muß, unter zu Grundelegung der in Betracht kommenden letztwilligen Verfügungen das zur Erledigung der Erbabtheilung Erforderliche nach pflichtmäßigem Ermessen vorzukehren, und

4) erst nach Beendigung des Theilungsgeschäfts zu bestimmen sein wird, in wie weit jedem der Erbinteressenten die dadurch veranlaßten Kosten zur Last fallen,

wird verfügt:

a) — — — — — — — — —

b) Herr Dr. jur. S. wird zum Theilungsbeistand den bei dem Nachlaß der E'schen Eheleute betheiligten Minderjährigen hiedurch ernannt. — —

Auf Appellation der E. M. E'schen Vormünder wurde vorstehender Theil der stadtgerichtlichen Verfügung durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 19. Mai 1854 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 20. Februar 1855 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

In der vorliegenden Sache handelt es sich um die Art und Weise, wie eine Auseinandersetzung zwischen der Curandin der Appellanten E. M. E. einerseits, und L. A. E. andererseits, über den ihnen zugefallenen Nachlaß ihrer beiderseitigen Großeltern herbeigeführt werden soll. Das Stadtgericht II. hat zu diesem Zwecke mittelst Decrets vom 3. April v. J. den Dr. jur. S. zum

Theilungsbeiſtande der genannten Betheiligten, welche beide noch minderjährig ſind, ernannt, während die Appellanten in der vorausgegangenen Verhandlung behauptet hatten, es dürfe ein Theilungsbeiſtand nur zur Ausmittelung des Pflichttheils ihrer Curandin aufgeſtellt werden, und dieſe Anſicht ſowohl in voriger als jetziger Inſtanz verfolgt, eventuell jedoch dort wie hier beantragt haben, die Verpflichtung und Thätigkeit des ernannten Theilungsbeiſtandes noch auszuſetzen, bis über die wegen der fraglichen Auseinanderſetzung obwaltenden Streitfragen, namentlich über die von den Appellanten am 22. April v. J. deßhalb angeſtellte Klage entſchieden ſein werde.

Gegen die Formalien der in dieſer Richtung ergriffenen Extrajudicial-Appellation war nichts zu erinnern, und auch die Zuläſſigkeit derſelben konnte keinem Bedenken unterliegen, da die Appellanten in der erwähnten vom Appellationsgerichte beſtätigten Verfügung des Stadtgerichts eine Rechtsverletzung für ihre Curandin finden, und die Möglichkeit einer ſolchen an ſich denkbar iſt, inſofern Niemand genöthigt werden kann, ein Erbtheilungsverfahren, welches auf eine, ſeinem materiellen Recht widerſprechende Grundlage hier eingeleitet werden ſoll, als für ſich verbindlich anzuerkennen, die Beurtheilung des Rechtsmittels hatte ſich aber auch nur mit der Frage, ob hier wirklich eine Rechtsverletzung zugefügt ſei, zu beſchäftigen, da in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Competenz des Appellationsgerichts, wie dieſes bereits mehrfach anerkannt hat, auf die Beſeitigung etwa vorgekommener Rechtsverletzungen beſchränkt iſt.

Soviel die Sache ſelbſt betrifft, ſo waltet

1) unter den Betheiligten in Betreff ihres materiellen Rechtsverhältniſſes die Meinungsverſchiedenheit ob, daß die Appellanten glauben, ihre Curandin ſei nach den teſtamentariſchen Verfügungen ihrer Großeltern lediglich als Vermächtnißnehmerin zu behandeln, L. A. E. dagegen ſei Univerſalerbe, und habe als ſolcher ſowohl die der Erſteren auf ihren Erbtheil angewieſene Summe und das ihr ausgeſetzte Prälegat ungeſchmälert auszuzahlen, als auch die ſonſt verordneten Legate allein zu übernehmen, während die Mutter und Vormünderin des L. A. E. dieſe Rechtsauffaſſung in ihrer

Erklärung vom 14. März v. J. im Allgemeinen beſtritten hat, und nach einer in jetziger Inſtanz von den Appellanten gemachten Angabe auch ſpeciell behauptet haben ſoll, die Curandin der Appellanten ſei als Erbin des halben Nachlaſſes anzuſehen, und ſowohl ihr Prälegat (wenn dieſes nicht ganz nichtig ſei) als die ſonſt angeordneten Legate fielen ihr zur Hälfte mit zur Laſt. Dieſe Meinungsverſchiedenheit, welche laut der in zweiter Inſtanz beigebrachten Beſcheinigung ſeit der angegriffenen ſtadtgerichtlichen Verfügung vom 3. April v. J. zum Gegenſtand eines förmlichen Rechtsſtreites geworden iſt, liegt gegenwärtig ganz außer dem Kreiſe der anzuſtellenden Prüfung. Sie iſt vielmehr

2) nur Anlaß zu der weiteren, das einzuſchlagende Verfahren betreffenden Differenz geworden, daß die Appellanten von ihrem Standpunkte aus von Anfang an der Ernennung eines allgemeinen Theilungsbeiſtandes zum Behuf der Errichtung eines Erbtheilungsreceſſes widerſprochen, und nur die Aufſtellung eines Theilungsbeiſtandes zum alleinigen Zwecke der Ermittelung des Pflichttheils ihrer Curandin beantragt haben, während die Mutter des L. A. E. ſich für Errichtung eines vollſtändigen Theilungsreceſſes und demgemäß für Ernennung eines allgemeinen Theilungsbeiſtandes erklärt hat. Wenn die Gerichte erſter und zweiter Inſtanz dieſem letzteren Antrage entſprochen haben, ſo ſind ſie, wie die beigefügten Motive außer Zweifel ſetzen, von der Anſicht ausgegangen, daß in jedem Fall, es möge nun in Anſehung des materiellen Rechtsverhältniſſes die Auffaſſung der Appellanten oder die ihrer Gegnerin zu Grunde gelegt werden, die Errichtung eines Theilungsreceſſes nöthig oder angemeſſen ſei. Dieſe Anſicht unterliegt nun freilich erheblichen Bedenken. Läßt es ſich ſchon bezweifeln, ob hier überhaupt Anlaß zu irgend einem Theilungsreceß gegeben ſei, da die Erblaſſer in ihrem Teſtamente ſelbſt beſtimmt haben, was der E. M. E. auf ihren Erbtheil zugewieſen werden ſoll, ſo verſtärkt ſich dieſer Zweifel noch für den Fall, daß die Rechtsauffaſſung der Appellanten durchdringen ſollte. Geht man davon aus, daß L. A. E. Univerſalerbe ſei, die Curandin der Appellanten dagegen als reine Vermächtnißnehmerin nur die beiden feſten Summen von fl. 110,000 und fl. 16,000 zu fordern und ſich

übrigens weder an den Activis noch Passivis der Erbschaft irgend zu betheiligen habe, so würde es an einer Gemeinschaft beider Interessenten, welche durch eine Erbabtheilung gelöst werden müßte, und somit an Stoff und Gegenstand für einen Theilungsreceß allem Anscheine nach fehlen. Zwar hebt das Appellationsgericht hervor, zu dem Wirkungskreise des Theilungsbeistandes werde auch die Anweisung derjenigen Capitalien gehören, welche die Curandin der Appellanten zur Completirung ihres Erbtheils aus dem Nachlasse zu erhalten habe. Mit Recht haben jedoch die Appellanten dagegen geltend gemacht, daß, wenn ihre Curandin lediglich Vermächtnißnehmerin sei, sie die ihr ausgesetzten Beträge als Geldsummen zu fordern habe, daß sie daher eine Zuweisung von Erbschafts-Capitalien sich nicht gefallen zu lassen brauche, die Annahme von solchen vielmehr nur auf freier Vereinbarung beruhen würde. Auch wenn man übrigens die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit eines Theilungsrecesses voraussetzt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß je nach der einen oder andern der beiden sich entgegenstehenden Rechtsauffassungen der Inhalt desselben ein völlig verschiedener werden müßte, daß es daher zu erfolgreicher Thätigkeit eines allgemeinen Theilungsbeistandes an sicherer Grundlage fehlen wird, so lange über die präjudicielle Streitfrage, ob die Curandin der Appellanten als eigentliche Miterbin, oder nur als Vermächtnißnehmerin zu behandeln sei, nicht im Wege der Güte oder des Rechts entschieden ist.

Allein

3) aus allen diesen Bedenken würde sich doch immer nichts weiter herleiten lassen, als daß die Ernennung eines allgemeinen Theilungsbeistandes entweder überhaupt oder doch noch zur Zeit entbehrlich gewesen sei. Eine Rechtsverletzung dagegen könnte nur dann darin gefunden werden, wenn entweder die fragliche Verfügung den Ansprüchen der appellantischen Curandin Abbruch thäte, sei es, daß sie ihrer Anerkennung präjudicirlich oder ihrer Realisirung hinderlich wäre, oder wenn die Curandin der Appellanten dadurch mit unnöthigen Kosten belastet werden würde. Da nun aber

a) die vorigen Gerichte, wie bemerkt, die Ernennung eines Theilungsbeistandes sowohl für den Fall der einen als der andern Rechtsauffassung erforderlich hielten, mithin gar nicht in dem

Sinne verfügt haben können, daß den Anſprüchen der appellantiſchen Curandin dadurch irgendwie vorgegriffen würde, da ſie vielmehr ausdrücklich erklärt haben, der Theilungsbeiſtand habe genau die letztwilligen Verfügungen zu Grunde zu legen, und den Appellanten bleibe, wenn ſie ſich bei dem Reſultat der Theilung demnächſt nicht beruhigen zu können glaubten, der Rechtsweg unbenommen, ſo folgt daraus, daß in der Sache ſelbſt die ergangene Verfügung völlig unpräjudizirlich iſt. Tritt der ernannte Theilungsbeiſtand in Thätigkeit, und legt die von dem Appellanten beſtrittene Rechtsauffaſſung zu Grunde, ſo bleibt der von ihm gefertigte Theilungsreceß ohne alle rechtliche Wirkſamkeit, ſobald die Appellanten in dem von ihnen betretenen Rechtswege obſiegen. Wird dagegen dem Inhalt des anzufertigenden Theilungsreceſſes die Rechtsauffaſſung der Appellanten zu Grunde gelegt, ſo würde freilich, wenn den Appellanten eine Mitwirkung zur Vollziehung des Receſſes auferlegt und davon die Erfüllung des etwa zu Gunſten ihrer Curandin erlangten Urtheiles abhängig gemacht werden ſollte, hierin eine, wenn auch nur in der Nöthigung zu einer überflüſſigen Form beſtehende, Rechtsverletzung gefunden werden können. Eine Auflage jener Art iſt jedoch in der angegriffenen Verfügung, welche erſt nur Einleitung zur Anfertigung eines Theilungsreceſſes trifft, weder direkt noch indirekt mit enthalten.

b) Das Stadtgericht hat ausdrücklich erklärt, erſt nach Beendigung des Theilungsgeſchäfts werde zu beſtimmen ſein, in wie weit jedem der Erbintereſſenten die dadurch veranlaßten Koſten zur Laſt fielen. Damit iſt die Frage, ob die Appellanten von den durch die Verpflichtung und Thätigkeit des ernannten Theilungsbeiſtandes erwachſenden Koſten überhaupt und namentlich von dem Theil derſelben betroffen werden, welcher ſich nicht auf die von ihnen ſelbſt beantragte Ermittelung des Pflichttheils ihrer Curandin bezieht, noch offen gelaſſen worden, und iſt daher auch in dieſer Beziehung eine Rechtsverletzung nicht erfindlich.

Hiernach ſtellte ſich die Beſchwerde durchgängig als unbegründet dar, wovon die Verurtheilung der Appellanten in die Koſten jetziger Inſtanz nothwendige Folge war.

49.

L. H. Flersheim, Kläger, wider den Grafen **Carl Theodor von Geldern** auf Schloß Zangberg in Bayern, Beklagten, Forderung betreffend.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 1. October 1851.

Die hieſigen Gerichte müſſen für dieſe Sache der Einwendungen des Beklagten ungeachtet als competent angeſehen werden. Die Klage enthält auf Seite 12 folgende Sätze:

„Da die Aufträge hier vollzogen, die Geſchäfte hier geſchloſſen ſind und Effecten des Beklagten (Beilage 8) ſich als Pfand in meinem Beſitze befinden, ſo iſt der Gerichtsſtand des Contractes hier begründet.“

Mit Unrecht behauptet der Beklagte, daß zur Begründung des fori contractus nach hieſigen Rechten der Beklagte perſönlich dahier betroffen werden müßte, da es vielmehr zufolge der hieſigen Rechtſprechung genügt, daß entweder die Perſon des Beklagten oder Vermögen deſſelben dahier angetroffen wird, wie bereits vielfach erkannt worden iſt. Daß die Aufträge und Geſchäfte, aus welchen geklagt wird, dahier vollzogen und geſchloſſen worden ſeien, hat der Beklagte nicht beſtritten und ergeben überdieß die Belege der Klage. Zwar bezeichnet Beklagter die in [2] act. berechnete Schuld als ein Darlehen, während Kläger dieſelbe als aus Banquiercommiſſion und aus Saldo-Anerkennung entſprungen angibt. Allein der Beklagte behauptet nicht einmal, daß aus ſeiner Auffaſſung Etwas gegen das hieſige forum contractus folge, insbeſondere, daß das Darlehen nicht dahier gegeben und nicht dahier rückzahlbar wäre. Was die weitere in [10] verzeichnete Forderung betrifft, ſo wendet zwar der Beklagte ein, die von dem Kläger in ſeinem Auftrage angekauften 20 Stück Bankactien ſeien ihm zu Augsburg

zu liefern gewesen, daher dort das forum contractus sein würde, und die Lieferung sei überdieß in Folge des eigenmächtigen Verkaufes der Bankactien durch den Kläger niemals effectuirt worden; allein die erhobene Klage bezielt auch nicht einen Anspruch aus effectuirter Lieferung der Bankactien, sondern aus dem im Auftrage des Beklagten dahier bewirkten Ankaufe der Bankactien, aus der auf sein Ansuchen dahier besorgten Prolongation derselben und endlich aus dem wegen Nichtbezugs der Bankactien durch den Beklagten und wegen Unvermögens des Klägers zu längerer Prolongation von Letzterem dahier vorgenommenen Verkaufe derselben. Ob dieser Verkauf von Seiten des Klägers ein unbefugter oder befugter gewesen, gehört offenbar nicht zur Competenzfrage, sondern ist bei Erörterung der Hauptsache zu prüfen. Hinsichtlich des dahier befindlichen Vermögens des Beklagten hat Kläger auf Seite 12 der Klage bemerkt, Effecten des Beklagten fänden sich laut Beilage 8 in seinem Besitze. In dieser Beilage, dem Schreiben des Beklagten vom 9. März 1846 heißt es:

„Sie empfangen als Deckungszuschuß auf meine 20 Stück Wiener Bankactien beifolgend Piaster 11,100 in zwei Obligationen Nr. 117 à 8000, Nr. 89 à 4000 Piaster spanische Kanzen ꝛc."

Da nun der Kläger in seiner Klage zugleich erwähnt hatte, daß die 20 Stück Wiener Bankactien des Beklagten von ihm verkauft worden seien, so versteht es sich von selbst, daß er unter den in seinem Besitze befindlichen Effecten des Beklagten nur jene zwei spanische Kanzen verstanden hat. Die Nummern dieser beiden Kanzen hat Kläger auf Seite 6 seiner Klage ganz gleichlautend mit dem Schreiben des Beklagten bezeichnet und die von ihm angeführten Beträge der Nr. 117 zu Piaster 7400 und Nr. 89 zu Piaster 3700 harmoniren mit dem im Schreiben des Beklagten berechneten Gesammtbetrage von 11,100 Piaster. Daß Kläger diese beiden Kanzen laut Seite 18 der Vernehmlassung nicht als genügende Deckungsmittel anerkannt habe, ist irrelevant, genug, daß er sie behalten hat und daß er zufolge des Art. 54 der Wechselordnung befugt ist, sich wegen seines Guthabens daran zu halten. —

Wenn ferner der Beklagte leugnet, daß Kläger die beiden

spanischen Kanzen noch besitze, so ist dieses ganz unmotivirte Leugnen eines anerkannt erlangten Besitzes, dessen Fortdauer Kläger nicht nachzuweisen braucht, nicht zu beachten und Beklagter hätte seinerseits Thatsachen namhaft machen müssen, in Folge deren der Besitz des Klägers aufgehört haben würde. Schließlich kann es auch keinem Bedenken unterliegen, diese an porteur lautenden Werthpapiere, welche nicht bloß ein Forderungsrecht documentiren, sondern als Handelswaare gelten, für ein dahier befindliches Vermögensstück des Beklagten anzusehen.

Ein weiterer Einwand des Beklagten ist der, daß dem Kläger die Activlegitimation fehle, indem er im Jahr 1848 seine Zahlungen eingestellt und seine sämmtlichen Ausstände seinen Gläubigern überwiesen habe und zur Liquidation der Ausstände ein Ausschuß in den Personen der Herren Homberg, Dr. Mülhens und Dr. Jeanrenaud bestehe. Der Kläger gibt jedoch nur zu, daß er sich zu jener Zeit wegen der bekannten europäischen Geschäftskrisis mit seinen Gläubigern habe setzen müssen, leugnet aber, daß er sich je seiner Verfügungsrechte begeben habe. Letzteres geht auch aus dem Schreiben des Herrn Dr. Blum in [33] vom 5. April 1848 nicht hervor, den der Beklagte selbst auf Seite 15 der Schlußerklärung als damaligen Anwalt der Handlung L. H. Flersheim, nicht aber eines Gläubigerausschusses bezeichnet. Demnach muß Beklagter den Beweis der angeblichen Vermögensabtretung übernehmen.

Soviel den Contocorrent [2] betrifft, so sind die Capitalposten im Soll Nr. 1. von fl. 2600. 55 kr. und Nr. 3 von fl. 1219. 16 kr. als richtig anerkannt. — — —

Bezüglich des zweiten Postens im Soll, Verlust auf Integralen Coupons von fl. 33. 20 kr. ist zwar unbestritten, daß Kläger vor dem 18. October 1839 Auftrag von dem Beklagten erhalten hatte, diesem fl. 100,000 niederländisch Courant $2^1/_2$ pCt. holländische Integralen zu kaufen, lieferbar am 10. Januar 1840 zu Augsburg; nicht minder ist unbestritten, daß Kläger diesen Ankauf am 18. October 1839 bewirkt hat, wo also die am 1. Januar 1840 fällig gewordenen Coupons noch liefen. Allein da das fragliche Geschäft seinem Wesen nach doch nichts anderes als einen Lieferungsvertrag darstellt, wonach Kläger dem Beklagten am 10. Januar 1840

die Integralen zu liefern hatte, ſo können die Coupons, welche am 1. Januar 1840 aufhörten Theile der Integralen zu ſein, nicht als für Rechnung des Beklagten erkauft betrachtet werden.

Was den Contocorrent [10] anbelangt, ſo iſt es unbeſtritten, daß der Beklagte dem Kläger am 8. und 31. Juli 1840 den Auftrag ertheilt hatte, ihm 20 Stück öſterreichiſche Bankactien bis zum Cours von 2180 franco aller Speſen per ultimo Auguſt lieferbar für ſeine Rechnung hier zu kaufen. Am 3. Auguſt 1840 hat Kläger dieſen Ankauf zum Cours von 2158 (der ſpäter zu 2140 vereinbart wurde) vollzogen und dem Beklagten hievon Anzeige gemacht. Dieſer hat am 6. Auguſt 1840 von dem für ihn geſchehenen Ankaufe Vormerkung genommen, die Bankactien als „ſeine" Bankactien dem Kläger in Prolongation gelaſſen, laut ſeiner Schreiben vom 24. September, 25. October, 12. November 1840 und 16. Januar 1841 und noch am 9. März 1846 einen Deckungszuſchuß auf „ſeine 20 Stück Bankactien" dem Kläger überſendet.

— — —

Nicht minder unbegründet erſcheint der Einwand des Beklagten, daß Kläger durch den Privatverkauf jener 20 Stück Öſterreichiſchen Bankactien und zwei weiterer Stück dergleichen, welche letztere ihm laut Seite 5 der Klage der Beklagte im September 1840 als Sicherheit deponirt hatte, ſich der Strafe aus dem Decreto Divi Marci ſchuldig gemacht und ſeine Forderung verwirkt habe. Denn jene 20 Stück Bankactien, welche der Kläger für den Beklagten erkauft und auf deſſen Erſuchen in Prolongation behalten, der Beklagte aber gegen Erlegung des Kaufpreiſes und der Prolongationskoſten ꝛc. zu beziehen hatte, jedoch vielfacher Aufforderungen des Klägers ungeachtet nicht bezogen hat, war Kläger, nachdem er ſchließlich den Beklagten. mit dem Verkauf ſeiner Effecten bedroht hatte, den hierüber geltenden Grundſätzen gemäß ohne weitere Förmlichkeit zum Tagescours zu verkaufen und auf die Differenz abzurechnen allerdings befugt, wie ſchon mehrfach, z. B. in Sachen

Voigt ca. Clauſius im Jahr 1845,
Maas ca. Mertens im Jahr 1830,
Luden & Pohl ca. Wertheimber im Jahr 1833,
Mombert ca. Elliſſen im Jahr 1845

erkannt worden iſt.

Dagegen durfte der Kläger die ihm von dem Beklagten im September 1840 als Faustpfand übergebenen zwei österreichischen Bankactien allerdings nicht privatim verkaufen, und müßte dieser Verkauf als nichtig betrachtet werden, insofern Beklagter auf diesem Verlangen beharrt. Die Folge davon würde aber nur die sein, daß der Erlös aus diesen beiden Bankactien aus dem Haben des klägerischen Contocorrents [10] ausfiele und daß Kläger dem Beklagten zwei der gleichen Actien nebst Erträgnissen gegen Zahlung seines Guthabens zu restituiren hätte. Ein Verlust der klägerischen Forderung dagegen kann aus diesem unrechtmäßigen Verkaufe nicht begründet werden. Denn die von dem Beklagten angezogene Stelle der Ref. II. Tit. 17. § 19 handelt von dem hier nicht vorliegenden Falle, wo Derjenige, dem ein Gegenstand als Pfand eingesetzt oder verschrieben ist, sich eigenmächtig in dessen Besitz eindrängt, während dem Kläger der Besitz der fraglichen beiden Bankactien von dem Beklagten selbst eingeräumt war. Und auch das römische Recht beschränkt die Strafe der Selbsthülfe auf zwei bestimmte Arten der letzteren, nämlich auf die beiden Fälle, wenn entweder ein Eigenthümer oder ein Gläubiger sich eigenmächtig in den Besitz einer Sache setzt, oder ein Gläubiger eine Zahlung gewaltsam von dem Schuldner erpreßt, was Alles hier nicht der Fall ist. — — —

Demnach wird zu Recht erkannt:

I. Beklagter ist schuldig dem Kläger binnen 14 Tagen zu bezahlen,

1) aus dem C°. Cte. [2] den Betrag von fl. 7161. 35 kr., jedoch unter Ausscheidung des Postens Nr. 2 im Soll von fl. 33. 20 kr. — — —

2) Aus dem C. C. [10] den Betrag — — —

3) Insofern Beklagter auf der Nichtanerkennung des Verkaufs der dem Kläger zur Sicherheit behändigten zwei Wiener Bankactien und deren Herausgabe besteht, den weiteren Betrag von fl. 3875. 48 kr. sammt entsprechender Vermehrung der Zinsen und Provision aus dem C. C. [10] vom Jahr 1848 an,

es würden denn binnen gleicher Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun: — — —

Auf Appellation beider Theile wurde das ſtadtgerichtliche Urtheil, ſoweit es hier abgedruckt iſt, durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 4. Juli 1853 (Facultät Tübingen) beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. März 1855.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt, wie hiermit geſchieht, das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 4. Juli 1853, ſo wie das Stadtgerichtsurtheil vom 1. October 1851 wieder aufzuheben, und Kläger zwar gebetenermaaßen zum öffentlichen Pfandverkaufe der in ſeinen Händen befindlichen zwei ſpaniſch-engliſchen Kanzen des Beklagten Nr. 117 und 89 in urſprünglichem Nominalbetrage von 8000 und 4000 Piaſter zu ermächtigen, dagegen mit ſeiner auf Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der in [2] und [10] geſtellten Contocorrent-Forderungen gerichteten Perſonalklage von den Frankfurter Gerichten ab- und wegen ſeiner nach Abzug des Pfanderlöſes annoch habenden Anſprüche an den ordentlichen Gerichtsſtand des Beklagten mit der Rückſtandsklage zu verweiſen ſei.

Die Koſten aller drei Inſtanzen ſind, mit Ausnahme der in voriger Inſtanz erwachſenen Transmiſſionskoſten, welche Beklagter allein zu tragen hat, gegen einander zu vergleichen und aufzuheben; und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die der Klage von vorn herein entgegengeſetzte, in beiden vorderen Erkenntniſſen als unbegründet verworfene und mittelſt Wiederholung des deßfallſigen Grav. I. voriger Inſtanz in der gegenwärtigen erſten Beſchwerde weiter verfolgte Einrede der Unzuſtändigkeit der Frankfurter Gerichte war

I. insoweit für wohlbegründet zu erachten, als Kläger den Beklagten bei dem Frankfurter Stadtgerichte als dem foro contractus mittelst einer Personalklage auf Bezahlung des aus den beiden Contocorrenten in [2] und [10] sich ergebenden Saldo's von fl. 17,015. 19 kr. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. Juli 1850 belangt hat.

In dieser Beziehung kann

A. die sowohl nach gemeinem Rechte, als auch nach Fassung und Zusammenhang des

§ 1. Art. 11. Tit. I. der Reform.

sehr zweifelhafte Frage füglich dahin gestellt bleiben, ob persönliche Anwesenheit des fremden Beklagten im Sprengel des als forum contractus angegangenen Gerichts zur Zeit der Klagerhebung und Citation als unerläßliche Voraussetzung anzusehen sei, um die Zuständigkeit dieses Gerichts zu begründen und den Beklagten außerhalb seines Wohnorts dingpflichtig zu machen, oder ob und in welcher Maaßen, namentlich ob auch ohne förmlichen Arrestschlag, der Mangel jener persönlichen Anwesenheit für ersetzt zu gelten habe, wenn sich Vermögen irgend welcher Art des Beklagten innerhalb des Gerichtssprengels, oder gar, wie hier, in Händen des unter dem angegangenen Gerichte wohnsäßigen Klägers befindet. Denn

B. bei näherer Prüfung der den gedachten Contocorrenten zu Grunde liegenden einzelnen Geldgeschäfte, auf welche um deßhalb zurückzugehen ist, weil weder aus Stellung, Einsendung und Anerkennung eines Contocorrents sich eine neue causa debendi herleiten läßt, noch auch vorliegend solche Geschäftsbeziehungen zwischen beiden Theilen bestanden haben, welche als wahre administratio zu betrachten wären, und das sogenannte forum gestae administrationis zu Frankfurt zu begründen vermöchten, ergibt sich mit ausreichender Evidenz, daß auch abgesehen von der Abwesenheit des Beklagten in Frankfurt ein forum contractus nicht anerkannt zu werden vermag, indem, wenn schon wenigstens theilweise in Bezug auf Übernahme und Ausführung der vom Beklagten dem Kläger aufgetragenen Geschäfte Frankfurt für den Ort, wo solche geschlossen und perfect geworden, erklärt, insofern also wohl mit § 1 cit.

und § 1. Tit. 12. Thl. I. der Reform. gesagt werden könnte, es werde hier Sachen halber, so allhie in Frankfurt „contrahirt" gestritten, und es ständen solche „Sachen und Schulden" in Frage, „so allhie verhandelt und gemacht," doch für die Zahlungen, welche dem Beklagten zu gänzlicher Abwickelung jener Geldgeschäfte und Behufs der ihm obliegenden Contractserfüllung gegenwärtig angesonnen werden, nicht bloß nicht „versprochen" worden ist, „die Bezahlung allhie in dieser Stadt zu thun," sondern sogar nach der Natur der fraglichen Geschäfte resp. nach den dieserhalb gestellten und bewilligten Bedingungen nur München resp. Augsburg als locus solutionis zu betrachten ist, dieß aber die Unzuständigkeit der Frankfurter Gerichte für die auf Bezahlung gerichtete Personalklage um so gewisser begründet, als darüber weder nach gemeinem noch nach Frankfurter Recht ein Zweifel bestehen kann, daß der Ort des Geschäftsabschlusses nur präsumtiv als Erfüllungsort zu gelten habe.

So viel nämlich zunächst

1) den in dem Contocorrent [2] übertragenen Saldo des Jahres 1839 im Betrage von fl. 2600. 35 kr. betrifft, so hat Kläger, daß derselbe aus einem dem Beklagten gemachten und durch Tratten auf München berichtigten Darlehn herrühre, nicht sowohl für unwahr erklärt, als nur wegen der später erfolgten Übertragung in den Contocorrent und wegen Anerkennung des letzteren vermeint, daß es nicht weiter darauf ankomme, in welcherlei Geschäft gedachter Saldo seinen Grund und Ursprung habe. Es darf also jene Angabe des Beklagten als zugestanden angesehen werden. Indem nun durch die klägerischer Seits erklärte Bewilligung des vom Beklagten gewünschten Darlehens zu Frankfurt lediglich ein pactum de mutuo dando zu Stande gekommen ist, das Darlehen selbst aber erst mit wirklichem Empfang des Geldes, also erst durch Verkauf oder Einlösung der für den Beklagten nach München übersandten Tratten zur Perfection gelangte, so kann Frankfurt für diese Forderung nicht einmal als Ort des Geschäftsabschlusses angesehen werden. Es ist vielmehr nur in des Beklagten Domicil für die jetzt verlangte Rückzahlung des Darlehens ein forum contractus oder solutionis anzunehmen, zumal Kläger nicht bloß, die

Rückzahlung in Frankfurt bedungen zu haben, nirgends behauptet, ſondern auch den die Anerkennung gedachten Saldos enthaltenden beklagtiſchen Brief vom 3. Februar 1840, welcher ſehr beſtimmt München als den Ort, wo die Zahlung zu geſchehen haben werde, bezeichnet, ſeinerſeits in Bezug genommen hat, ja ſogar auf den ſpäteren Brief des Beklagten vom 19. Mai 1841, worin dieſer ſchrieb, wie er für Ende Juni „das Ihnen von mir zukommende vom 16. Mai 1839 darlehensweiſe herrührende Saldo à fl. 2500 ſammt Zinſen, ſodann ꝛc. . . . Ihnen in München in der Art anzuſchaffen beabſichtige, daß ich Ihnen diejenige Summe, die nach Abzug ꝛc. . . . zu Ihren Gunſten noch Saldo bleibt, baar zu Ihrer Verfügung ſtelle," und worin derſelbe zugleich um Aufgabe eines Münchener Hauſes bat, an welches die Einzahlung gegen Quittung ꝛc. erfolgen könnte, nach Inhalt ſeiner vorliegenden Briefe vom 28. Mai und 28. Juni ohne irgend welchen Vorbehalt entſprechende Vorkehrungen für eine in München oder wenigſtens in Augsburg zu beſchaffende Berichtigung jenes Darlehens-Saldos getroffen hat.

Anbelangend ſodann

2) den vom Kläger in Beklagtens Auftrag zu Frankfurt bewirkten Ankauf von fl. 100,000 holländiſche Integralen, aus welchem, im Übrigen vollſtändig abgewickelten Geſchäfte der im Contocorrent [2] unterm 5. Januar 1840 für Verluſt an Zinscoupons mit fl. 33. 20 kr. angeſetzte ſtreitige Poſten herrührt, ſo ſind die Parteien darüber einverſtanden, daß die Lieferung jener Integralen, gegen welche erſt die Bezahlung der deßfallſigen Auslagen und ſonſtigen Forderungen Klägers ſowohl zu geſchehen hatte, als auch geſchehen iſt, in Augsburg erfolgen ſollte, und wirklich daſelbſt im Januar 1840 erfolgt iſt. Dieſer für die Hauptleiſtung beſtandene Erfüllungs- und Zahlungsort muß aber auch für die Acceſſorien, wozu jener angeblich bei Einwechſelung der beim Ankauf mit übernommenen Zinscoupons für das zweite Semeſter 1839 erlittene Verluſt an ſich unbedenklich gehört, als maaßgebend, insbeſondere auch in Betreff der Frage nach dem Gerichtsſtande, erachtet werden,

vergl. Martin Lehrb. der Proz. 12. Aufl. § 53. S. 94 init.

und wenn gleich die Sent. a qua davon ausgehend, daß falls der Einkaufsauftrag auf einen schon im October 1839 auszuführenden Tageskauf gerichtet gewesen wäre, jene Coupons als für Beklagtens Rechnung mit übernommen anzusehen sein würden und diesen der daran erlittene Verlust treffen müßte, daß auch solchenfalls die Vereinbarung über erst im Januar und zu Augsburg zu bewirkende Lieferung als ein selbstständiger anderweiter Geschäftsauftrag zu behandeln wäre, die in erster Instanz erfolgte Rückweisung jenes Ersatzanspruchs nur bedingter Weise und unter Beweisvorbehalt für den Kläger bestätigt hat, wenngleich sonach die accessorische Beziehung dieses Anspruches zu der bereits erfolgten Hauptleistung noch nicht definitiv feststeht, so kann dieß doch für eine Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte um so weniger von Einfluß sein, als die Competenz vor der Prozeßverhandlung feststehen, und unabhängig von der etwa dem Kläger noch obliegenden resp. nachzulassenden Beweisführung constatirt sein muß, als überdieß beide Parteien darüber einverstanden sind, daß Ertheilung, Annahme und Ausführung eines einzelnen Auftrags nach und an einem bestimmten Orte nicht von selbst und unbedingt alldorten ein forum contractus zu begründen vermöge.

3) Bei der dritten gleichfalls im Contocorrent [2] enthaltenen klägerischen Forderung aus einem in Beklagtens Auftrage und für dessen Rechnung zu Frankfurt effectuirten Ankaufe von zwei österreichischen 500 resp. 250 fl. Loosen, in Betreff deren nicht der mit fl. 1219. 16 kr. angesetzte Ankaufspreis, sondern außer einem unbedeutenden Portoansatze, nur die Zins- und Provisions-Berechnungsweise streitig ist, findet zwar die im jetzigen Libelle vorkommende Äußerung des Beklagten, es seien diese Loose „in München lieferbar gewesen," des Beklagten Wohnort also von vorn herein zum Erfüllungsorte bestimmt worden, weder in der dabei allegirten Anlage 2 zur Klage, dem beklagtischen Briefe vom 3. Februar 1840, woraus sich nur soviel ergibt, daß jene Loose an den Beklagten eingesendet worden sind, noch auch in der sonst zu den Acten gekommenen Correspondenz oder in des Klägers Vorbringen eine Unterstützung. Allein daß wenigstens hinterher beide Theile darüber einverstanden gewesen, es solle die in Folge

gedachten Loosankaufs dem Beklagten obliegende Zahlung in München geschehen, erhellt aus den bereits oben sub 1. erwähnten, auch „den Anschaffungsbetrag von zwei Stück österreichischen Loosen à fl. 1219. 16 kr. sammt Interessen vom 20. Januar 1840" betreffenden Briefen des Beklagten vom 19. Mai und des Klägers vom 28. Mai und 28. Juni 1841; und kann der Umstand, daß die vom Beklagten zu München an ein vom Kläger aufzugebendes dortiges Haus zugesagte Baarzahlung später unterblieb, den Kläger nicht berechtigen, seine Zustimmung und Mitwirkung zu dortiger Abwickelung des fraglichen Geschäfts als nicht geschehen zu behandeln und sich darauf zu berufen, daß doch die Annahme und Erfüllung des ihm gewordenen Einkaufsmandats zu Frankfurt geschehen sei und daß er auf dortige Abnahme und Einlösung jener Loose an sich hätte bestehen dürfen.

Was endlich

4) die klägerische Forderung aus dem Contocorrent [10] betrifft, so ist für den hiebei in Frage stehenden Auftrag zum Ankauf von zwanzig österreichischen Bankactien von vorn herein Seitens des Beklagten, daß ihm solche in München geliefert würden, bedungen, dieß auch nicht etwa bloß nebenher gewünscht, sondern deutlich genug als ein wesentlicher und integrirender Bestandtheil des Geschäfts bezeichnet, und vom Kläger sowohl zugestanden als gerade in solcher Maaßen behandelt worden. Denn, wie Beklagter gleich in den ersten Ordrebriefen d. d. München den 8. und 31. Juli 1840 seinen Auftrag dahin formulirte: „zwanzig Stück österreichische Bankactien .... hier gelegt franco aller Spesen zum Course von fl. 2140 .... zu kaufen," Kläger aber denselben ausweislich seiner Antwort vom 30. Juli ohne irgend welche Ausstellung annahm, so hat auch späterhin der Beklagte, wie dessen Briefe vom 6., 9., 13. und 17. August ergeben, an jenen Bedingungen nichts weiter geändert, als daß er alternativ mit München auch zur Abnahme in Augsburg sich bereit erklärte; Kläger hat aber außerdem nicht bloß bei den von vorn herein über den Coursansatz von fl. 2158 entstandenen Differenzen, wie er selbst angibt, gerade damit seine Berechnungsweise zu justifiziren gesucht, daß er die Provision in Augsburg und den (aus dortiger Lieferung erwachsenden) Cours-

verluſt mit zu tragen hätte, ſondern es hat auch derſelbe, worüber kein Streit iſt, im Laufe des Septembers 1840 die fraglichen Bank-actien nach Augsburg an Iſid. Obermayer, wo Beklagter ſolche abnehmen und einlöſen ſollte, wirklich eingeſendet und damit, daß Frankfurt nicht der Lieferungs- und Erfüllungsort ſei, anerkannt.

Nun iſt zwar auch dieſe Abnahme nicht erfolgt und in Folge deſſen Retournirung der Actien nach Frankfurt eingetreten, wo ſie in Folge der ſchon am 11. Auguſt vom Beklagten gewünſchten, vom Kläger eventuell unter gewiſſen Bedingungen ſchon damals bis ult. November übernommenen, und ſpäter trotz der noch unerledigten Differenzen über die gemachten Einkaufsanſätze wirklich vereinbarten und immer weiter ausgedehnten Prolongation geblieben ſind, und nach Inhalt des erwähnten Briefes vom 11. Auguſt, worin Beklagter jene Actien für ſeine Rechnung „dorten in die Koſt zu geben“ bat, auch bleiben ſollten. Ferner iſt allerdings durch jene Worte „hier gelegt,“ nur die Lieferung und Abnahme der für Beklagten eingekauften Actien, nicht ausdrücklich die Bezahlung der deßfallſigen Auslagen und Forderungen des Klägers, in München resp. Augsburg ſtipulirt worden. Endlich hat ſogar Kläger, wie ausweislich ſeines in der Klagſchrift mitgetheilten Briefes vom 31. December 1847 kurz vor dem zu ſeiner theilweiſen Deckung beliebten Verkauf jener Actien, ſo auch Inhalts der beklagtiſchen Briefe vom 24. September und 25. October 1840 gleich nach jener Retournirung der Actien von Augsburg verlangt, daß die Abnahme in Frankfurt erfolge. Allein weder kann dieſes letztere Verlangen, zumal Beklagter demſelben alsbald in gedachten Briefen widerſprach und „nie anders als in Augsburg“ die Actien übernehmen zu wollen erklärte, irgend von Gewicht ſein, da die einmal acceptirte Bedingung des Ankaufs und Auftrags einſeitig zu ändern Kläger ſelbſt dann nicht befugt war, wenn Beklagter den ihm obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen ſäumte, noch auch ſind die beiden anderen vorberegten Umſtände von ſolcher Erheblichkeit, als die Sent. a qua angenommen hat, oder gar eine Zuſtändigkeit der Frankfurter Gerichte zu begründen geeignet.

Denn da Kläger, mochte er in Folge der ihm ertheilten Commiſſion die Lieferung der Actien ſelbſt übernommen, oder bei Dritten beſchafft haben, den Kaufpreis resp. ſeine deßfallſigen Auslagen

nicht anders und nicht früher als bei und gegen Auslieferung der Actien fordern konnte, so war damit, daß dem Beklagten deren Abnahme nur in München resp. Augsburg angesonnen werden durfte, implicite auch eine dieser Städte als Zahlungsort festgestellt, und läßt sich, selbst im Hinblick auf die wiederholt nach Frankfurt hin erfolgten Deckungszuschüsse, in keiner Weise der Sent. a qua darin beitreten, „daß stillschweigend nach der ganzen Sachlage Frankfurt als Zahlungsort festgestellt worden sei. In der Prolongation dagegen liegt (und zwar gleichviel, ob man dieselbe mit dem Kläger als ein eigentliches Reportgeschäft behandle, wodurch Beklagter die Actien zu dem Preise, für welchen er sie abzunehmen gehabt hätte, wiederum dem Kläger mit der Berechtigung und Verpflichtung zum Rückverkaufe für den Tagescours bei Ablauf der Prolongationsfrist käuflich überlassen hätte, oder ob man darin, wie Beklagter will, nur eine gegen bestimmte Provisionsgebühr, unter gleichzeitiger, durch Zuschuß anderweiter Werthpapiere bei etwaigem Sinken des Courses eventuell zu erhöhenden Pfandhaft der angekauften, in Händen des Verkäufers verbleibenden Effecten verabredeten Befristung für deren Abnahme und Einlösung findet) schon an sich nicht eine solche Conversion der bisherigen Geschäfts- und Rechtsbeziehungen zwischen Kläger und Beklagten, daß jene anfängliche Clausel wegen des Abnahmeorts als erloschen anzusehen wäre, und jede Prolongations-Abrede als ein ganz neues und selbstständiges, mit dem ursprünglichen Einkaufsauftrage und den vorangegangenen Prolongationen rechtlich in gar keinem Zusammenhange weiter stehendes Geschäft gelten müßte. Am wenigsten würde aber sich in vorliegendem Falle solche Auffassung rechtfertigen lassen, da Kläger auch nach Wiedereingang der nach Augsburg gesandten und von dort mit den zwei Zuschuß-Actien zurückgekommenen Effecten, sowie ungeachtet der inzwischen schon vereinbarten Prolongation bei der vom Beklagten unterm 24. September und 25. October 1840 ausgesprochenen Weigerung, jemals anders als in Augsburg jene Actien zu übernehmen, sich beruhigt hat, und sogar dem von Letzterem in dessen mehrerwähnten Briefe vom 19. Mai 1841 gestellten Verlangen, daß ihm zur Bezahlung, wie des Darlehens und der österreichischen $^{500}/_{250}$ fl. Loose, so auch

der bis dahin fällig gewordenen Prolongations-Spesen in München ein Handlungshaus aufgegeben werde, seinerseits nachgekommen ist, und nicht minder in seinem Briefe vom 14. Juli 1841, wodurch er dem Beklagten über das successiv bis dahin und gleichzeitig wieder prolongirte Bankactiengeschäft Rechnungsauszug übersendet, denselben wegen dessen Berichtigung selbst an Obermayer verwiesen hat, sonach wiederholt von dem Kläger jene wegen Lieferung und Abnahme in München gleich anfangs gestellte Clausel als für das ganze Geschäft maaßgebend und in fortdauernder Kraft bestehend selbst anerkannt worden ist.

So wenig nun diesem Allen nach für irgend eine der streitigen Forderungen Klägers ein forum contractus zu Frankfurt anzunehmen stand, und daher nichts übrig blieb, als Kläger mit seiner auf Bezahlung gerichteten Personalklage an den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zu verweisen, so konnte dagegen

II. die Zulässigkeit einer Pfandklage vor den dortigen Gerichten als dem foro rei sitae

A. an sich nach der gegebenen Sachlage nicht dem geringsten Zweifel unterliegen. Denn

1) der Umstand, daß für die im Contocorrent [2] zusammengefaßten Forderungen ein Pfandrecht niemals ausdrücklich vom Beklagten bestellt worden ist, muß gegenüber dem

Art. 54 der Wechselordnung

für ganz unerheblich erachtet werden, da hier zu Gunsten des Gläubigers, in dessen Händen sich Effecten oder Waaren des Schuldners befinden, ein gesetzliches Pfandrecht, und dieß nicht etwa bloß in Betreff solcher Forderungen gewährt ist, welche aus demselben Geschäfte, in Anlaß dessen jene Effecten ꝛc. in des Gläubigers Besitz kommen, herrühren oder demselben wenigstens connex sind. Ferner ist

2) der Einwand, daß ein bloßes pignus nominis das forum rei sitae nicht begründe, jedenfalls da, wo es sich um Verpfändung von Staatspapieren handelt, ein durchaus unbegründeter, indem bei dieser Gattung von au porteur lautenden Schuldscheinen der Charakter der Waare vorherrschend und die Analogie mit körperlichen beweglichen Sachen fungibler Natur ganz unbedenklich ist. Endlich ist auch

3) für grundlos resp. unerheblich der weitere Einwand zu erklären, daß Kläger die zwei zu seiner Deckung bestimmt gewesenen spanischen Kanzen gar nicht als Pfand angenommen und deren damaligen Besitz nicht einmal implicite und indirekt durch Oblation ihrer Rückgabe für den Fall der Befriedigung behauptet, jedenfalls solchen Besitz noch nicht nachgewiesen habe. Denn will auch Kläger bessere Sicherheit, als jene unterm 9. März 1846 ihm vom Beklagten durch die übersendeten Effecten gewährte, im Briefe vom 16. März 1846 verlangt haben, so sind letztere doch nicht remittirt worden, und in dem Gesuche, zum Verkaufe der gedachten Kanzen ermächtigt zu werden, kann, wenn man damit verbindet, was die Klagschrift über deren Zusendung als Deckungszuschuß, so wie darüber, unter Berufung auf den Brief des Beklagten vom 9. März 1846 bemerkt, daß Effecten desselben sich als Pfand in seinem Besitz befänden, eine ausreichende Behauptung, jene Kanzen noch zu besitzen, gefunden werden. Ueber den Fortbestand aber dieses Besitzes jetzt noch auf Grund eines in erster Instanz überall nicht gestellten, also verspäteten Antrags einigen Ausweis zu verlangen, würde unnütze Formalität und Weiterung sein, in dem die Ermächtigung des Klägers zum Verkaufe auf die ihm speciell verpfändeten Nummern zu beschränken ist, auch natürlich der Befugniß des Beklagten, dieselben unter Tilgung seiner Schuld einzulösen, in keiner Weise präjudicirt.

Viel zweifelhafter war, ob

B. nach der formellen Prozeßlage die erhobene Klage als Pfandklage aufrecht erhalten und die Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte als des fori rei sitae anerkannt werden könne. Nicht daß überhaupt, wie Beklagter vermeint, eine Cumulation der Pfand- und der Contractsklage für unstatthaft, und durch Anstellung der letzteren die Möglichkeit jener ausgeschlossen, auf solche verzichtet wäre, — zu Beseitigung welches grundlosen Einwandes es genügen wird auf das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in Sachen

Gebr. Bethmann ca. Cramer vom Jahr 1841 *)

zu verweisen; — wohl aber um deßhalb, weil Kläger, wie er in der Klage nur den Gerichtsstand des Contracts als zu Frankfurt vor-

*) Siehe Seite 88.

handen auszuführen verſuchte, ſo auch in den weiteren Verhandlungen aller drei Inſtanzen wiederholt ſelbſt erklärt hat, daß ſeine Klage keine Pfand- und dingliche Klage ſein ſolle, und daß das Frankfurter Gericht nur als forum contractus, nicht als forum rei sitae von ihm angegangen worden ſei. Indeſſen läßt ſich doch das Petitum der Klagſchrift, Klägern „zum Verkaufe der ihm verpfändeten Kanzen zu ermächtigen," zumal in Verbindung mit dem weiteren Geſuche, „die Rückſtandsforderung vorzubehalten," ſowie im Hinblick darauf, daß bei verpfändeten Staatspapieren nach dem

Geſetz vom 20. April 1830 § 1. (Geſetz-Sammlung Thl. 4. Seite 209)

es der Pfandklage zwar zum Behuf einer Befriedigung aus dem Pfande nicht bedarf, ſolche indeſſen alternativ neben dem öffentlichen Börſenverkauf dem Gläubiger frei bleibt, ganz füglich dahin auffaſſen, daß nebenher für den Fall, wenn die Bezahlung auf Grund und in Folge der Contractsklage zu Frankfurt nicht zu erreichen ſein ſollte, auch das Pfandrecht Klägers habe geltend gemacht werden ſollen. Zugleich hat einerſeits Kläger replicando die Äußerung, es ſei eine hypothekariſche Klage in rem nicht erhoben, das forum rei sitae nicht beanſprucht, zumeiſt nur gegen den exceptiviſchen Einwand, es ſcheine, als ſolle die erhobene Klage eine dingliche und bei dem Gerichtsſtande der belegenen Sache erhoben ſein, gerichtet, und mit der wörtlichen Erklärung verbunden, daß „eventuell (das forum rei sitae) durch den hieſigen Verbleib der Pfandſtücke begründet wäre, und behauptet werden ſolle." Andererſeits hat Beklagter auf dieſe Erklärung ſich duplicando eingelaſſen, nur aus materiellen Gründen die Statthaftigkeit dieſer Pfandklage angefochten, und kann alſo mit ſeinem in jetziger Inſtanz erſt vorgebrachten Einwande, es ſei die replicariſche Bezugnahme auf Art. 54 und das hierin ertheilte Pfandrecht verſpätet, nicht mehr gehört werden. Endlich mußte Klägern jedenfalls die Pfandklage zu Frankfurt vorbehalten bleiben, und da der deßfallſige neue Prozeß, bei allſeitig und vollſtändig bereits erfolgter Erörterung aller für dieſe Klage und die deßfallſige Zuſtändigkeit der Frankfurter Gerichte erheblichen Momente, weſentlich nichts als theilweiſe Wiederholung der gegenwärtigen Verhandlungen ſein

würde, so mußte es bei der dem Richter obliegenden Pflicht, eine Klage soweit thunlich aufrecht zu erhalten, angemessen erscheinen, über die erhobene Klage als eine in foro rei sitae angestellte Pfandklage die entsprechende Entscheidung alsbald zu treffen. Dieß um so mehr, als

C. in solcher Richtung die Sach- und Prozeßlage es gestattete, mit Beiseitlassung der meisten übrigen Streit- und Beschwerdepunkte, sofort definitiv zu erkennen.

Wie nämlich

1) der allerdings auch für die Pfandklage präjudicielle Streitpunkt, ob Kläger trotz des im Jahr 1848 eingetretenen Fallissements seiner Handlung für activ zur Sache legitimirt zu erachten sei und ob es des dieserhalb im Stadtgerichts-Erkenntnisse demselben auferlegten, in der Sent. a qua auf Grund klägerischer Beschwerde wieder in Wegfall gebrachten Beweises noch bedürfe, in der deßfallsigen, mit Nichts vom Beklagten widerlegten Ausführung der Facultät, auf welche lediglich Bezug genommen werden kann, seine vollständige Erledigung findet, und die hierauf, unter Wiederholung des Grav. II. voriger Instanz, mitgerichtete Beschwerdeführung des Beklagten völlig grundlos ist, so bedarf es auch gedachter Ausführung gegenüber

2) keines näheren Eingehens auf den mit gleich wenig Grund erhobenen, im Grav. III. voriger Instanz weiter verfolgten und jetzt ebenfalls wieder geltend gemachten Einwand, daß Kläger durch eigenmächtigen Privatverkauf der ihm verpfändet gewesenen Bankactien seines Pfandrechts wie seiner Forderungen verlustig gegangen und daher mit seiner Klage abzuweisen wäre.

Es kommt also

3) lediglich noch darauf an, ob bis zum Werthsbelaufe der zu veräußernden Kanzen, welcher nach deren Nominalbetrage und dermaligen Coursstande noch nicht einmal zu 2000 Piaster angenommen werden kann, eine liquide und fällige Forderung des Klägers vorliege. In dieser Hinsicht aber kann nach Inhalt der Acten, namentlich nach Fassung des jetzt erneuerten Gravamen IV. voriger Instanz auch nicht der geringste Zweifel obwalten, indem Beklagter den durch das Pfandrecht aus Art. 54 der Wechselordnung nach dem Obigen gleichfalls gedeckten Contocorrent [2] von

vorn herein, und ebenso die beßfallsige stadtgerichtliche Condemnatoria nur in Bezug auf die in den Contocorrent aufgenommenen kleinen Nebenposten für Couponsverlust und Porto, so wie in Betreff der Provisions- und Zinsberechnung angefochten, dagegen anerkannt hat, daß dem Kläger sowohl der aus dem Darlehensgeschäfte herrührende mit fl. 2600. 55 kr. vorgetragene Saldo, als der für die zwei österreichischen Loose verrechnete Einkaufspreis von fl. 1219. 16 kr. und zwar beides mit Zinsen à 5 pCt. vom 1. resp. 20. Januar 1840 ab, zukomme, Beklagter sonach für einen Betrag von zusammen weit über fl. 6000 des vom Kläger erhobenen Anspruchs geständig ist.

Bei dieser Sachlage, und da dem als forum rei sitae mit einer Pfandklage angegangenen Gerichte, mag es immerhin sonst und für eine Personalklage der Gerichtsbarkeit über den Pfandschuldner entbehren, doch das Recht nicht abzusprechen steht, über das Vorhandensein der gedeckten Forderung als über eine wesentliche Voraussetzung des Pfandrechts seinerseits zu erkennen, war es denn unbedenklich, unter sonstiger Abweisung der zu Frankfurt mit Unrecht erhobenen und verhandelten Klage, so wie unter Beiseitsetzung aller, nur auf den Contocorrent [10] oder auf die vom Petitum der Pfandklage ausgeschlossen gebliebenen Bankactien bezüglichen beklagtischen Einwendungen, Anträge und Beschwerden voriger und jetziger Instanz, den Kläger angetragenermaaßen zum Verkaufe der in seinen Händen befindlichen Kanzen zu ermächtigen, und in solcher Maaßen eine Änderung der vorderen Urtheile auszusprechen. Die gleichzeitig erkannte Compensation sämmtlicher in allen drei Instanzen erwachsenen Kosten mit einziger Ausnahme derjenigen, welche Beklagter durch seinen beim Appellationsgerichte gestellten Antrag auf Actenversendung verursacht hat, ergab sich als Folge des nunmehrigen Ausgangs der zu Frankfurt gepflogenen Rechtsverhandlungen, und bedarf keiner weiteren Rechtfertigung.

Auszug aus den Seite 85 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

Bethmann ca. Cramer 1841.

So viel

1. die Frage anbetrifft, inwiefern die von dem Beklagten vorgebrachte Einrede des incompetenten Gerichtsstandes für begründet

zu erachten ſei, ſo iſt hier zwiſchen den beiden von den Klägern gemachten Klaganträgen zu unterſcheiden.

Sie haben nämlich ihre Klage

1) auf dasjenige Recht geſtützt, welches ihnen nach dem Artikel 54 der Wechſelordnung an den in ihren Händen befindlichen Effecten des Beklagten zuſtehe, und haben in Folge hievon auf die gerichtliche Verſteigerung dieſer Effecten, zum Behufe ihrer Befriedigung aus deren Erlöſe wegen ihrer Forderung an den Beklagten angetragen.

Jenes im Art. 54 dem Gläubiger unter gewiſſen Vorausſetzungen ertheilte Recht iſt nun nichts Anders als ein geſetzliches Pfandrecht. Denn es wird ihm darin ausdrücklich die Befugniß gegeben,

„wegen ſeines Vorſchuſſes von denen empfangenen Waaren — — ſich bezahlt zu machen,"

alſo dieſelben zu ſeiner Befriedigung zu verkaufen, wie ſich dieß auch durch den darauf folgenden Satz beſtätigt, daß er im Fall eines Concurſes des Schuldners

„mehr nicht als das Residuum oder Überbeſſerung heraus zu geben"

ſchuldig ſein ſoll; in dieſer Befugniß aber, ſich wegen einer Forderung durch den Verkauf gewiſſer Sachen des Schuldners bezahlt zu machen, beſteht gerade der Begriff des Pfandrechts, und es iſt unerheblich, daß dieſes Wort im Art. 54 nicht gebraucht iſt.

L. 9. C. quae res pign. oblig. poss.

Die angeſtellte Klage iſt alſo inſoweit, ſowohl nach ihrer Begründung, als nach ihrem Petitum eine Pfandklage — actio hypothecaria — wobei es eben ſo gleichgültig iſt, daß der Sachführer in der Klagſchrift dieſen Namen nicht gebraucht,

c. 6. X de judiciis,

als daß er das Recht aus dem Art. 54 ein „Retentions- resp. Vorzugsrecht" genannt hat, und dieſe Klage findet nach Frankfurter Recht auch in dem Falle Anwendung, wenn der Gläubiger, wie hier bereits im Beſitze der verpfändeten Sachen iſt, indem ſie alsdann — abgeſehen von einem ausdrücklichen pactum de distrahendo — zum Behufe des gerichtlichen Verkaufs der Pfänder angeſtellt werden muß.

Reformat. Thl. 2. Tit. 17. § 8. 10. 11.

Auch ſind nach den factiſchen Angaben der Kläger diejenige Vorausſetzung, unter welchen der Art. 54 ein Pfandrecht ertheilt, hier vorhanden. Denn — — —

Daß nun aber dieſe Pfandklage, als eine in rem actio, bei den Frankfurter Gerichten, wo ſich die fraglichen Effecten unbeſtrittenermaaßen im Beſitze der Kläger befinden, als dem foro rei sitae, welches auch bei beweglichen Sachen eintritt,

Wernher obs. for. pars. 3 obs. 61.

Linde Lehrb. des Civilproz. § 90 (3. Ausg.)

angeſtellt werden kann, leidet keinen Zweifel, und war alſo die exceptio fori inſoweit zu verwerfen.

2) Neben dieſem Antrage auf gerichtliche Verſteigerung der Pfänder zum Behuf der Befriedigung der Kläger wegen ihrer Contocorrentforderung iſt aber die Klage auch noch auf Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung dieſer Forderung gerichtet. Dieſer Antrag kann nun nicht mittelſt der Pfandklage gemacht werden; denn hiebei kommt die Bezahlung der Forderung nur als etwas facultatives auf Seiten des Beklagten als ein Auslöſungsrecht vor, wodurch er den Verkauf ſeiner Effecten verhindern kann, und wenn es gleich richtig iſt, daß jedesmal, wenn im Fall des Art. 54 dem Gläubiger ein Verſteigerungsrecht zugeſprochen wird, zugleich mit darüber, daß ihm eine Forderung zuſtehe, und daß in concreto, wo der Verkauf mehrerer trennbaren Sachen verlangt wird, auch mit über die Größe der Forderung bis zum Betrage des Werthes der Pfänder erkannt werden muß, ſo wird doch immer hierüber nur als über eine Bedingung des Realrechtes erkannt, und es kann deßhalb keine Condemnation zur Zahlung ſtattfinden. Dieſe Letztere können die Kläger vielmehr nur mit einer Perſonalklage aus den im Debet des Contocorrents vorkommenden Geſchäften und Contractsverhältniſſen verfolgen, weßhalb denn ihre Klage inſoweit als eine mit der Pfandklage cumulirte Contractsklage — als eine actio mandati contraria — zu behandeln iſt. In Anſehung dieſer Klage iſt nun aber die Einrede der Incompetenz gegründet — — —

50.

Johannes Lefler zu Ilbershauſen, Kläger wider **Auberlen** und **Burnitz** dahier, Beklagte, wegen Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

In dieſer Sache war durch Interlocut vom 21. Januar 1852 dem Kläger unter Anderem der Beweis auferlegt worden, daß er die in nachſtehend abgedruckter Urkunde [6] der Acten, benannten Wechſel nicht erhalten habe.

„Von Herrn Auberlen und Burnitz den Betrag ſämmtlicher ihnen bis heute gelieferten Waaren, per Saldo abgerechnet und in Wechſeln auf Gebrüder Jay per 1. October und 1. November empfangen zu haben, beſcheinigt hiermit. Niederrad 1. Juli 1845. (Unterz.) Johannes Lefler."

Nach beendigtem Beweisverfahren erkannte das Stadtgericht I. am 11. November 1853:

In Erwägung, daß

1) was den im Erkenntniß vom 21. Januar 1852 dem Kläger auferlegten erſten Beweis anbelangt, aus den Depoſitionen der Zeugen Jay und Keſſel hervorgeht, daß drei Tratten von fl. 300, fl. 500 und fl. 200 von der Handlung Gebrüder Jay an Kläger oder deſſen Ordre am 15. Auguſt, 1. October und 1. November 1845 bezahlt worden, daß überdieß die letztgedachten beiden Tratten in den Handlungsbüchern der Beklagten eingetragen ſind und daß auch das von dieſer gegenbeweislich producirte Contocorrent der Handlung Gebrüder Jay mit den vorerwähnten Zeugenausſagen übereinſtimmt, daß

2) die nach dem angezogenen Erkenntniß als eingeräumt betrachteten Poſten 1 — 38 der eingeklagten Rechnung fl. 1983. 21 kr. betragen und unter Abzug der fraglichen Tratten von fl. 300, fl. 500 und fl. 200 ſowie der in den Poſten 69 und 70 aufgeführten

Zahlungen von fl. 6. 30 kr. und fl. 600 ſich ein Reſtguthaben des Klägers von fl. 376. 51 kr. ergibt, daß

3) die Urkunde [6] das am 1. Juli 1845 aus der gepflogenen Abrechnung hervorgegangene Reſtguthaben des Klägers als durch Wechſel auf Gebrüder Jay berichtigt darſtellt, während nach dem unter 1. vorſtehend bemerkten anzunehmen iſt, daß der Betrag von fl. 376. 51 kr. nicht durch die erwähnten Wechſel gedeckt worden ſei, daß — — —

5) dieſem nach der klägeriſche Beweis jedenfalls als bis zum Erfüllungseide erbracht anzuſehen, ſolcher aber nicht wörtlich nach dem Beweisſatze, ſondern in der Sachlage entſprechender Weiſe zu normiren iſt, — — —

Wird zu Recht erkannt:

A. Es haben — — eidlich zu erhärten:

I. Kläger,

daß er für das ihm am 1. Juli 1845 gegen die Beklagte zugeſtandene Guthaben von fl. 376. 51 kr. ganz oder in wie weit unbefriedigt geblieben ſei. — — —

Auf Appellation des Beklagten wurde dieſes Urtheil durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 18. Januar 1854 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 17. März 1855 unter Verfällung der Appellanten in die Koſten beider Inſtanzen beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der beklagtiſchen Beſchwerdeführung gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 18. Januar 1854 konnte nicht entſprochen werden.

Dieſelbe betraf nicht ſowohl den Inhalt und das Ergebniß der Beweis- und Gegenbeweisführung — denn hierüber weichen die Auffaſſungen der Parteien nicht weſentlich von einander ab — ſondern die Auslegung des Beweisinterlocuts vom 21. Januar 1852. Die Beklagten geben dem dort feſtgeſtellten Beweisſatze, der Kläger ſolle darthun:

„daß er die in der Anlage [6] benannten Wechsel (nämlich Wechsel auf Gebrüder Jay per 1. October und 1. November) von den Beklagten nicht erhalten habe,"

die Deutung, es komme darauf an, daß der Kläger überhaupt keine Wechsel auf jene Firma zu den gedachten Verfalltagen erhalten habe, so daß, da es sich herausgestellt, daß dieß für den Belauf von fl. 500 und fl. 200 geschehen sei, die Beweisführung für mißlungen erachtet werden müsse. — Dagegen wendet der Kläger ein, daß die in dem Beweissatze vorkommenden Worte „die in der Anlage [6] benannten Wechsel" nicht von irgend welchen auf die bezeichneten Tage lautenden und auf Gebrüder Jay gezogenen Wechseln, sondern von Wechseln dieser Art zu einem solchen Betrage zu verstehen seien, welcher dem Saldobelaufe sämmtlicher den Beklagten bis zum 1. Juli 1845 gelieferten Waaren gleichkomme. Dieser Saldo habe aber damals fl. 1076. 51 kr. betragen, indem auf den Gesammtbelauf der bis dahin gelieferten Waaren von . . . . . fl. 1983. 21 kr.
nur vergütet gewesen seien, laut rechtskräftiger
Feststellung . . . . . fl. 6. 30 kr.
in zweien Wechseln auf Gebrüder
Jay von fl. 600 und fl. 300 . . „ 900. — „
„ 906. 30 „
so daß obiger Betrag von . . . . . fl. 1076. 51 kr.
als Saldo sich herausstelle.

Es genüge demnach, wenn der Kläger nachweise, daß er nicht jenen vollen Belauf, sondern, wie vorliege, nur fl. 700 auf die im Productum [6] bezeichnete Weise von den Beklagten erhalten habe.

Hierin mußte dem Kläger beigepflichtet werden. Das Stadtgericht hat in der Motivirung des Beweisinterlocuts vom 31. Jan. 1852 ausgesprochen:

1) die Posten der eingeklagten Rechnung Nr. 1 — 38 zum Gesammtbetrage von fl. 1983. 21 kr. seien als eingeräumt anzunehmen.

2) Wenn gleich die den Beklagten per den 1. Juli 1845 ertheilten Entlastungsurkunde [6] insofern unklar sei, als sie die Größe des dem Kläger damals zu vergüten gewesenen Betrages nicht

angebe, ſo mache dieſer Umſtand dieſelbe doch nicht wirkungslos und habe nur die Folge, daß die in Betracht kommende Summe aus dem Rechnungsverhältniſſe anderweitig nachgewieſen werden müſſe.

3) Das Rechnungsverhältniß liefere nun aber — worüber die näheren Data ſchon oben angegeben ſind — das Reſultat, daß der Kläger am 1. Juli 1845 einen Saldobetrag von fl. 1076. 51 kr. zu fordern gehabt habe und mithin komme es darauf an, daß der Nachweis der nicht vollſtändigen Vergütung dieſer Summe geliefert werde.

Durch dieſe Sätze, welche dem von den Beklagten nicht angefochtenen Beweisinterlocute zum Grunde liegen, wird die Richtigkeit der oben dargeſtellten klägeriſchen Argumentation in Betreff der jetzigen Sachlage außer Zweifel geſtellt. — — —

Die Beklagten haben demnach, zumal da dem Kläger noch die Ableiſtung eines Suppletorii auferlegt worden iſt, keinen Grund, ſich über das Weſentliche der angefochtenen Entſcheidung zu beſchweren. Wenn ſie eventuell gegen die Formulirung des von dem Kläger abzuſtattenden Eides Einwendungen erheben, ſo iſt ihnen auch hierin nicht beizuſtimmen. Daß der Richter bei der Feſtſtellung des Thema jurandum nicht ſtrenge an die Faſſung des Thema probandum gebunden ſei, unterliegt keinem Zweifel, und daß das Stadtgericht im vorliegenden Falle die Eidesformel auf das Specielle des concreten Verhältniſſes gerichtet und daſſelbe dadurch verdeutlicht und zur klaren Anſchauung des Schwörenden gebracht hat, iſt nur zu billigen und gereicht inſonderheit den Beklagten zu keiner Beſchwerde.

Das einzige gegen die vorliegende Formulirung zu erhebende Bedenken möchte darin beſtehen, daß als das Guthaben, welches dem Kläger am 1. Juli 1845 zuſtändig geweſen ſei, die Summe von fl. 371. 51 kr. angegeben worden iſt, während doch dieſer Betrag nur den noch ungedeckten Reſtbelauf jenes Guthabens bildet, nachdem auf daſſelbe fl. 700 in Wechſeln auf Gebrüder Jay berichtigt worden ſind. Da es indeſſen keinem Zweifel unterliegt, daß das Stadtgericht wirklich ein Guthaben von fl. 1076. 51 kr. angenommen und jene mindere Summe nur wegen der ſpäter

geſchehenen Abtragung der fl. 700 in die Eidesformel aufgenommen hat, ſo war — zumal da von keiner der Parteien dieſer Gegenſtand angeregt worden iſt — kein Grund vorhanden, um von Amtswegen eine Änderung der Formel eintreten zu laſſen. Überdieß wird ſich im Schwörungstermine Gelegenheit darbieten, durch Erläuterung der Eidesformel das berührte Bedenken zu erledigen.

Bei der Hinfälligkeit der beklagtiſchen Beſchwerden mußte es ſowohl bei der Verurtheilung der Beklagten in die Koſten zweiter Inſtanz ſein Verbleiben haben, wie ihnen auch die Koſten gegenwärtiger Inſtanz zur Laſt zu bringen ſind.

51.

Johann Peter Söldner, Kläger und Widerbeklagter wider **Johann Heinrich Hitzel**, Beklagten, und Widerkläger, nachbarliche Irrungen betreffend. —

Vorbemerkung.

Nachdem durch einen am 25. October 1836 abgeschlossenen Abtheilungsvertrag zwischen den damaligen Eigenthümern des Hauses Litra M. Nr. 179 und der darunter gelegenen Schirne 179a, und dem Eigenthümer des unter demselben Hause befindlicher Schirne Nr. 179b Fläche und Bestandtheile beider Schirnen festgestellt waren, hatte im Jahre 1852 Hitzel als nunmehriger Eigenthümer des Hauses M. 179 und der Schirne Nr. 179a gegen Söldner als Eigenthümer der Schirne Nr. 179b auf Wegschaffung eines angeblich auf dem Grund und Boden von Nr. 179a errichteten Hackklotzes geklagt, war aber durch rechtskräftiges Urtheil vom 24. November 1852 (bestätigt 14. Februar 1853) abgewiesen worden, weil der Platz, auf dem der Hackklotz stehe, zur Schirne des Söldner (Nr. 179b) gehöre.

Am 26. Juni 1853 stellte nun der frühere Beklagte Söldner vor, Hitzel habe den fraglichen Klotz eigenmächtig entfernt und den seinigen an die Stelle gesetzt, womit er den Antrag verband, dem Hitzel bei Strafe fernere Besitzstörung zu verbieten. Dem willfahrend verfügte das Stadtgericht I. am 1. Juli 1853:

> „es ist diese als eine neue Klage zu betrachtende, so rubricirte Vorstellung, dem Beklagten mitzutheilen, und wird demselben aufgegeben sich jeder Störung des Besitzes des Klägers, insbesondere der Entfernung des fraglichen Klotzes zu enthalten, bei Vermeidung einer Geldstrafe von ....."

Hitzel verlangte hierauf einredend und widerklagend Schutz in dem von ihm und den früheren Eigenthümern der Schirne Nr. 179a stets geübten, hergebrachten und wohlerworbenen Rechte der Mitbenützung des streitigen Klotzes.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 6. Februar 1854.

In Erwägung daß

1) der jetzige Beklagte mit seiner unter Anderem auf Entfernung eines Hackklotzes gerichtet gewesene Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, daß

2) hierauf der jetzige Kläger anher beschwerend angezeigt hat, daß Beklagter den fraglichen Hackklotz entfernt und den seinigen an die Stelle gesetzt habe, daß

3) von dem Beklagten — — — behauptet worden ist, es stehe ihm das Recht zu, sich des klägerischen Hackklotzes mit zu bedienen, daß

4) zwar nach der Angabe des Beklagten das behauptete Recht den früheren Eigenthümern seines Hauses Litra M. 179 und seiner Schirne Litra M. 179a zugestanden haben und auf ihn übergegangen sein soll, daß

5) der Erwerb dieses Rechtes aber nicht gehörig substantiirt worden und die erst in der Schlußerklärung beziehungsweise Gegenerklärung angeführten Thatsachen, woraus die Aquisitivverjährung des gedachten Rechtes als Dienstbarkeit hergeleitet werden will, wegen des verspäteten Vorbringens nicht zu berücksichtigen sind, daß

6) sogar hievon abgesehen in Betracht kommt, daß der Beklagte in den Verhandlungen über die frühere, sowie über die vorliegende Streitsache behauptet hat, sein Vorgänger und er selbst, als Eigenthümer des Hauses Litra M. 179, unter welchem sich die klägerische Schirne befindet, hätten das Recht gehabt, den Platz, worauf Kläger ein Klotz gesetzt, ausschließlich zu benutzen und letzteren zu entfernen, wornach denn weder seine Vorgänger noch er zu irgend einer Zeit eine ihnen zustehende Dienstbarkeit der Mitbenutzung des fraglichen Klotzes unterstellt haben konnten, daß

7) was den zur Erwerbung einer Dienstbarkeit durch Verjährung erforderlichen Besitz anbelangt, derjenige, welcher sich auf die Verjährung beruft, den Glauben und die Absicht gehabt haben muß, die betreffenden Besitzhandlungen als auf einer Dienstbarkeit beruhend, auszuüben, daß

8) daher in dem vorliegenden Falle, schon wegen des Mangels eines solchen Besitzes der Erwerb der behaupteten Dienstbarkeit durch Verjährung ausgeschlossen ist und daß

9) sonach unter jeder Voraussetzung die von dem Beklagten der Klage entgegen gesetzte Einrede und die damit verbundene Widerklage sich als unbegründet darstellt,

wird zu Recht erkannt:

I. Es hat bei der in dem Decret vom 1. Juli 1853 enthaltenen Verfügung lediglich zu verbleiben.

II. Beklagter und Widerkläger wird unter Verurtheilung in die Streitkosten mit der erhobenen Widerklage ab- und zur Ruhe gewiesen.

Auf Appellation des Beklagten wurde vorstehendes Urtheil durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 21. April 1854 unter Verfällung des Appellanten in die Kosten der zweiten Instanz bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 20. März 1855.

Erkannt:

daß es bei der im Stadtgerichts-Decrete vom 1. Juli 1853 enthaltenen Verfügung zwar bis zum Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreites sein Bewenden habe, in der Hauptsache aber binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumender Frist Gegenbeweis vorbehältlich zu beweisen haben:

1) Beklagter und Widerkläger:

daß während eines, nicht vor dem Jahre 1821 beginnenden zehnjährigen Zeitraums die Wittwe Rieger beziehungsweise er selbst einen auf dem im Risse [5] der apponirten Stadtgerichts-Acten mit r bezeichneten Platze stehenden Klotz in der Absicht ein ihnen als Inhaber der Schirne Litra M. Nr. 179a an diesem Platze zustehendes Recht auszuüben, zum Fleischhacken benutzt haben.

2) Kläger und Widerbeklagter:

daß die Benutzung des fraglichen Klotzes Seitens der Wittwe Rieger beziehungsweise des Beklagten und Widerklägers nur in Folge einer Vergünstigung des jeweiligen Inhabers der Schirne 179b beziehungsweise (soviel den Zeitraum seit dem 6. August 1852 anlangt) heimlicher Weise Statt gefunden habe.

Entscheidungsgründe.

I. Durch den am 25. October 1836 zwischen der Wittwe Rieger und ihren Töchtern „als Eigenthümern des Hauses Litra M. Nr. 179 und der darunter befindlichen, mit Litra M. Nr. 179a bezeichneten Schirne" einerseits und dem Vater des Appellaten „als Eigenthümer der unter jenem Hause gleichfalls belegenen mit Litra M Nr. 179b bezeichneten Schirne" andererseits abgeschlossenen Abtheilungsvertrage, dessen Zweck es war, die beiden Schirnen „in ihren inneren Bestandtheilen und Flächengehalt, genau zu scheiden und abzutheilen" — ist bestimmt worden: „daß zu der Schirne 179b zu allem dem, was seither an Grund und Boden und sonsten eigenthümlich dazu gehört, noch gewisse Objecte als Eigenthum zugetheilt und einverleibt sein" sollen, wogegen „aller übrige Raum an Grund und Boden oder sonsten, der nicht zur Schirne 179b eigenthümlich zugetheilt worden und gehört, das Eigenthum des Hauses M. 179 und der Schirne 179a sei und verbleibe."

Im Jahr 1852 hat Appellant als nunmehriger Eigenthümer des Hauses M. 179 und der Schirne 179a gegen den Appellaten, als Eigenthümer der Schirne 179b, eine Klage erhoben, worin er behauptet, Appellat habe außerhalb seiner Schirne, auf des Appellanten Grund und Boden, einen Hackklotz aufgestellt, und Wegschaffung dieses Klotzes verlangt.

Mit dieser Klage ist er jedoch durch Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 24. November 1852 und Appellationsgerichts vom 14. Februar 1853 rechtskräftig zurückgewiesen worden.

Beide Gerichte haben die Zurückweisung der Klage auf die positive Annahme gegründet, daß der Appellat befugt sei, an

der Stelle, wo der fragliche Block ſtehe — — — einen ſolchen zu haben und zu benutzen. Das Stadtgerichts-Erkenntniß folgert dieſe Befugniß daraus, daß Appellat nach dem Vertrage vom 25. October 1836 die linke Seite des Erdgeſchoſſes als Eigenthümer der Schirne 179b inne habe und der fragliche Klotz auf dieſer Seite angebracht ſei. Es erkennt alſo geradezu an, daß der Platz, auf dem der Klotz ſteht, zu dem Schirnenraum des Appellaten gehört. Das Appellationsgerichts-Erkenntniß hat dieß zwar nicht ausdrücklich wiederholt. Es geht aber offenbar von derſelben Annahme aus, indem es deducirt: der Vertrag vom 25. October 1836 belaſſe bei der Schirne 179b Alles, was ſeither eigenthümlich zu derſelben gehört hat und unter dieſe Beſtimmung falle auch der fragliche Hackklotz, da er nur an die Stelle eines früher längſt vorhandenen getreten ſei.

Dieſe Erwägungen bilden, da auf ſie allein die erkannte Zurückweiſung der Klage ſich gründet, Elemente der ergangenen Urtheile und es ſteht ſomit zwiſchen den Streittheilen rechtskräftig feſt, daß zu dem Schirnenraum des Appellaten, auch der im Riſſe [5] der apponirten Acten mit r bezeichnete Platz gehört, auf dem der in Rede ſtehende Klotz ſich findet, der Appellat alſo an dieſem Platze daſſelbe Recht hat, welches ihm an ſeinem Schirnenraum überhaupt zuſteht.

Dieſes Recht iſt ſowohl in den Verträgen vom 25. October 1836 und 3. Januar 1851 als auch in den erwähnten richterlichen Erkenntniſſen „Eigenthum" genannt.

Es kann dahin geſtellt bleiben, ob man hiebei am Eigenthum im vollen Sinne und Umfange des römiſchen dominium zu denken habe. Soviel darf jedenfalls als feſtſtehend angeſehen werden, daß das Recht des Appellaten nicht etwa ein Recht an der Sache des Appellanten iſt, ihm vielmehr über den Grund und Boden der Schirne 179b eine ſelbſtſtändige, von dem Eigenthumsrechte des Appellanten am Hauſe Nr. 179 durchaus unabhängige rechtliche Herrſchaft zuſteht. Hierauf weiſen

1) ſchon die allgemeinen hinſichtlich der Schirnen in Frankfurt beſtehenden Rechtsverhältniſſe hin. Denn die Schirnengerechtigkeiten, obgleich an den Beſitz beſtimmter Localitäten

geknüpft, die faſt nie ein ganzes Haus umfaſſen, ſondern deren ſich durchſchnittlich mehrere unter einem und demſelben Hauſe befinden:

Franck Topographiſcher Überblick der Stadt Frankfurt am Main. Seite 85,

werden doch durchaus als ſelbſtſtändige, den liegenden Gütern zuzurechnende, Rechtsobjecte behandelt, die in den öffentlichen Büchern eigene Bezeichnungen führen, deren Veräußerung und Verpfändung unabhängig von dem Rechte am Hauſe ſelbſt, in dem ſie ſich befinden, ſtattfindet, über welche Währſchaft geleiſtet wird,

Franck, Überſicht des Hypothekenweſens zu Frankfurt am Main. § 12 und 114 Anmerk.

Souchay Anmerk. I. Seite 152,

und von denen, wie in dem früheren Prozeſſe vom Appellaten behauptet und vom Appellanten nicht widerſprochen worden iſt, gleiche Abgaben wie von Häuſern bezahlt werden. Dem entſpricht

2) auch der Inhalt der Verträge von 1836 und 1851, indem hier nicht nur der allerdings mehrdeutige Ausdruck, daß Söldner „Eigenthümer der Schirne 179b" ſei, gebraucht, ſondern auch geſagt iſt, daß dieſe Schirne „eigenen Grund und Boden" habe, resp. „Grund und Boden eigenthümlich dazu gehöre," wodurch die Annahme, daß den Rechtsvorgängern des Appellanten beziehungsweiſe dieſem ſelbſt das Eigenthum und dem Appellaten nur ein dieſes beſchränkendes *jus in re aliena* zuſtehe, geradezu ausgeſchloſſen wird. Endlich kann auch

3) gegen die Annahme, daß dem Appellaten über ſeinen Schirnenraum eine nach den Grundſätzen des Eigenthums zu beurtheilende ſelbſtſtändige Herrſchaft zuſtehe, nicht geltend gemacht werden, daß die Schirne M 179b nur als ein Theil des Hauſes M. 179 ſich darſtelle, welches doch als ein Ganzes in dem Eigenthume des Appellanten ſtehe. — Es braucht hier nicht näher unterſucht zu werden, ob, wie dieß neuerdings von einem namhaften Rechtslehrer verfochten worden iſt,

Bluntſchli deutſch. Priv. Recht I. § 57. S. 249,

nach deutſcher Rechtsanſchauung, abweichend von der römiſchen, es für unbedingt möglich zu halten iſt, daß verſchiedene Stockwerke oder Wohnungen eines Hauſes verſchiedene Eigenthümer haben.

Vorliegend ist die Frage nur die, ob dem Appellaten ein Theil der mit nur einem Hause überbauten *area* eigenthümlich zustehen könne, während der übrige Theil derselben, sowie der Überbau und theilweise auch der unter der Schirne des Appellaten befindliche Keller dem Appellanten zugehört, und diese Frage muß bejaht werden. Mag man sich die Entstehung des gegenwärtigen Verhältnisses so zu denken haben, daß auf der Fläche, die jetzt die Grundfläche des Hauses M. Nr. 179 bildet, ursprünglich zwei Schirnen sich befunden haben, die später mit Einem Hause überbaut worden sind, oder so, daß nachdem die area bereits überbaut war, das Erdgeschoß zum Zwecke der Anlage einer zweiten Schirne getheilt worden ist, in beiden Fällen handelt es sich nur darum, einerseits: daß eine Grundfläche, die äußerlich allerdings als ein Ganzes sich darstellt, nach reellen Theilen unter verschiedene Eigenthümer getheilt sei, was schon nach den Grundsätzen des römischen Rechts für rechtlich möglich gehalten werden muß,

L. 6. § 1. D. comm. praed. (8. 4)
L. 26. D. de acq. vel am. poss. (41. 2),

und andererseits, daß der Eigenthümer des einen Theils der Grundfläche (179b) als eine Beschränkung seines Eigenthums es dulden muß, daß über und beziehungsweise unter seiner area der Eigenthümer des anderen Theils zu seinem Hause gehörige Räume habe. Den Inhalt der zwischen den Streittheilen ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen bildet diesem allem nach, die Anerkennung des Eigenthums des Appellaten an dem Platze, auf dem der streitige Block steht.

II. Soviel nun zunächst den Antrag des Appellaten vom 26. Juni 1853, das darauf ergangene Stadtgerichts-Decret vom 1. Juli und die weiteren über diesen Punkt vorgekommenen Verhandlungen anlangt, so konnte von dem Appellaten, obgleich er in dem seitherigen Prozesse Beklagter gewesen war, und ihm deßhalb ein unmittelbarer Anspruch auf Urtheilsvollstreckung nicht zustand, der Inhalt der gedachten rechtskräftigen Entscheidungen doch zur Grundlage einer Klage gegen den Appellanten benutzt werden:

arg. L. 11. § 1. D. de jurejur. (12. 2)
Savigny Syſt. VI. S. 346 und 347.

Das Stadtgericht hat nun, ohne daß von einer der Parteien Widerſpruch dagegen erhoben worden, den erwähnten Antrag des Appellaten als eine ſolche Klage behandelt und darauf zwar zunächſt ſofort den erbetenen Befehl zum Schutze des appellatiſchen Beſitzes erlaſſen, auf die Gegenvorſtellung des Appellanten jedoch die Sache zur ſummariſchen Verhandlung an die Gerichtscommiſſion verwieſen, ohne gleichwohl jenen Befehl zurückzuziehen.

Hierin iſt die Intention nicht zu verkennen, daß die definitive Entſcheidung darüber, ob dem Appellaten Beſitzesſchutz in dem in Anſpruch genommenen Umfange zu Theil werden könne, von der Beurtheilung der von dem Appellanten vorgebrachten, aus einem Mitbenutzungsrechte entnommenen Einrede abhängig gemacht, es aber bis zu ergehender Definitiventſcheidung bei dem gedachten Befehle ſein Bewenden haben ſolle.

Gegen dieſe Behandlungsweiſe der Sache iſt von keiner Seite eine Einwendung vorgebracht worden. Appellat hat ſich derſelben dadurch gefügt, daß er ohne Proteſtation auf eine Verhandlung bei der Gerichtscommiſſion, ſogar über die vom Appellanten erhobene Widerklage, ſich eingelaſſen hat, der Appellant aber hat ſeine Vertheidigung in erſter, ebenſo wie ſeine Beſchwerden in höherer Inſtanz nur darauf gegründet, daß ſein Recht zum Mitgebrauche des fraglichen Klotzes der Klage des Appellaten entgegenſtehe, nicht aber in der Richtung geltend gemacht, daß der Befehl auch als ein bloß proviſoriſcher nicht zu rechtfertigen ſei.

Die Rechtfertigung deſſelben liegt überdieß in der ganzen Sachlage. Bei der naheliegenden Gefahr von Gewaltthätigkeiten zwiſchen den Parteien, lag es vollkommen in den Befugniſſen des Gerichts, den Beſitzſtand für die Dauer des Rechtsſtreites durch eine Proviſionalverfügung zu reguliren, und dieſe konnte nicht anders als zu Gunſten des Appellaten ausfallen, da derſelbe die gegen eine jede Beſchränkung des ihm rechtskräftig zuerkannten Eigenthumsrechts ſtreitende Vermuthung für ſich hat.

Da nun in gegenwärtiger Inſtanz, wie alsbald näher auszuführen, eine definitive Erkenntniß in der Hauptſache noch nicht zu

ertheilen ſtand, mußte es bei dem gedachten Befehle belaſſen, derſelbe jedoch des definitiven Charakters, den er durch die Entſcheidung unter I. des Stadtgerichts-Urtheils vom 6. Februar v. J. erhalten, entkleidet werden.

III. Den materiellen Inhalt der Einrede ſowohl als Widerklage des Appellanten bildet deſſen Behauptung, ihm ſtehe als Inhaber der Schirne 179 a das Recht zu, den an der Stelle r des Riſſes [5] der apponirten Stadtgerichts-Acten aufgeſtellten Hackklotz mit zu benutzen. Ein ſolches Mitbenutzungsrecht kann, da es als ein dingliches in Anſpruch genommen wird, nach dem was unter I. über das Recht des Appellaten an dem ebengedachten Platze bemerkt worden, nur aus dem Geſichtspunkte einer Servitut beurtheilt werden. Daß Appellant es als ſolche in ſeiner Gegenvorſtellung beziehungsweiſe Widerklage nicht alsbald benannt hat, ſteht der Berückſichtigung deſſelben nicht entgegen, da deſſen juriſtiſche Natur aus den vorliegenden Umſtänden vom Richter zu erkennen ſtand.

Was nun

A. die allgemeinen Einwendungen anlangt, die Appellat gegen die Verfolgung eines Rechts der gedachten Art von Seiten des Appellanten vorgebracht hat, ſo ſteht es

1) dem gegenwärtigen auf Geſtattung des Mitgebrauchs vermöge Servituten-Rechts gerichteten Anſpruche nicht entgegen, daß Appellant früher ſein Eigenthumsrecht an dem Platze des fraglichen Klotzes behauptet und des letzteren Wegſchaffung verlangt hat, indem in der Aufſtellung einer Klagbehauptung überall nicht ein Verzicht auf eventuelle Verfolgung aller der Rechte gefunden werden kann, die bei der Wahrheit jener Behauptung nicht exiſtiren könnten. Wenn Appellat

2) meint, es ſei unklar, welches Recht der Appellant eigentlich beanſpruche, ob das: auf des Appellaten Platz einen Klotz zu ſtellen, den er mitbenutze, oder das: den Klotz, welchen Appellat auf ſeinen Platz ſtelle, mit zu nutzen, ſo iſt auch dieſer Einwand unbegründet. Appellant nimmt das Recht in Anſpruch, einen auf des Appellaten Grund und Boden ſtehenden Hackklotz gemeinſchaftlich mit Jenem benutzen zu dürfen. Darin liegt (womit auch

ſeine Handlungen übereinſtimmen), daß er ſich die Befugniß zuſchreibt:

a) wenn Appellat auf dem fraglichen Platze einen zum gemeinſchaftlichen Gebrauche geeigneten Klotz ſtehen hat, denſelben mit zu benutzen und

b) wenn derſelbe keinen ſolchen Klotz daſelbſt ſtehen hat, dann zum wenigſten ſelbſt einen ſolchen dahin ſetzen und unter Geſtattung eines Mitgebrauchs des Appellaten benutzen zu dürfen. Hieraus folgt denn

3) daß die Sache, an der der Appellant eine Servitut beanſprucht, nicht der Klotz, ſondern der Platz iſt, auf dem derſelbe ſteht, alſo der Einwand des Appellaten, daß an einer res mobilis keine Realſervitut ſtattfinde, nicht Platz greift.

Soviel hiernächſt

B. die Annahme der vorigen Gerichte betrifft, daß der auf ein Mitgebrauchsrecht an dem fraglichen Platze gegründeten Einrede und beziehungsweiſe Widerklage eine Berückſichtigung deßhalb nicht zu Theil werden könne, weil erſt in der Schlußerklärung des Appellanten (mithin verſpätet) die Thatſachen angegeben ſeien, aus denen der Erwerb jenes Rechts hergeleitet werde, ſo kann derſelben nicht beigetreten werden. Es darf dahin geſtellt bleiben, ob nach heutigem Prozeßrechte — abweichend vom römiſchen und canoniſchen Rechte — bei der Verfolgung eines dinglichen Rechts im Wege der Klage oder Einrede gleich anfänglich der Erwerbsgrund angegeben werden müſſe, und nicht vielmehr dieſe Angabe noch bis in die Beweisinſtanz beziehungsweiſe bis dahin ausgeſetzt werden könne, wo der Gegner die in dem Mangel jener Angabe liegende Dunkelheit gerügt hat. Im vorliegenden Falle enthält:

1) den in Verjährung geſetzten Erwerbsgrund anlangend, bereits die Eingabe des Appellanten vom 12. October 1853 die Bemerkung: „Appellant habe den an der fraglichen Stelle befindlichen Klotz gleich ſeinen Vorgängern ſtets und ununterbrochen benutzt“ und: „er wolle Klage erheben, daß ihn Gegner in ſeinem wohlerworbenen und hergebrachten Rechte der Mitbenutzung nicht ſtöre,“ und hierin kann nur eine Hinweiſung auf Verjährung als Erwerbsgrund des genannten Rechtes gefunden werden.

Die in der Schlußerklärung enthaltenen näheren Angaben über eine ſolche erſcheinen daher nur als weitere Ausführung eines gleich Anfangs bezeichneten Erwerbsgrundes und enthalten lediglich eine Erläuterung resp. Verbeſſerung, welche nach heutigem Rechte auch in Frankfurt zuläſſig erſcheint, ſobald nur die Vertheidigung des Gegners dadurch nicht beeinträchtigt iſt.

Gebhard & Hauck ca. Berle 1854. Octbr. 30. *)

Von letzterem aber kann in vorliegender Sache, wo Appellat ſehr ſpeciell auf den fraglichen Erwerbsgrund eingegangen iſt, nicht die Rede ſein. Soviel dagegen

2) den, in den Vertrag vom 3. Januar 1851 geſetzten Erwerbsgrund anlangt, ſo iſt in den Verhandlungen erſter Inſtanz vom Appellanten auf denſelben nirgends mit ſolcher Beſtimmtheit hingewieſen worden, daß Appellat ſeine Vertheidigung auch hiergegen zu richten Veranlaſſung gehabt hätte. Es kann aber auch in der Clauſel des gedachten Vertrages: „Appellant ſolle das erkaufte Haus und die Schirne 179a ſo haben," wie ſie von ihren bisherigen Inhabern beſeſſen und benutzt worden, Nichts gefunden werden, was auf die abnorme Abſicht hinwieſe, daß auch ſolche Nutzungen, die bis dahin ohne ein ihnen zu Grunde liegendes Recht Statt gefunden, dem Käufer als den erkauften Immobilien anhängende dingliche Rechte gewährt werden ſollten.

Es kommt hiernach

C. nur auf den in Verjährung geſetzten Erwerbsgrund im Näheren an.

1) Die vorigen Erkenntniſſe haben einen Mangel deſſelben deßhalb annehmen zu müſſen geglaubt, weil es bereits feſtſtehe, daß Appellant und ſeine Rechtsvorgängerin bei Benutzung des an der fraglichen Stelle ſtehenden Klotzes den zum Beſitze einer Servitut erforderlichen animus nicht gehabt haben, indem ſie, nach den oft wiederholten beſtimmten Behauptungen des Appellanten, in dem Glauben, Eigenthümer jenes Platzes zu ſein, den daſelbſt ſtehenden Klotz benutzt haben ſollen, alſo eine Servitut, d. i. ein Recht an der Sache eines Anderen gar nicht haben

*) Siehe Nr. 34. Band I. Seite 353 und folg.

ausüben wollen. Dieſer Auffaſſung kann jedoch nicht beigetreten werden. Damit der Gebrauch des Klotzes auf dem fraglichen Platze als eine Beſitzhandlung ſich darſtelle, iſt allerdings erforderlich, daß er animo juris Statt gefunden. Hieran fehlt es aber nicht, wenn die Mitbenutzung des Platzes in dem Glauben, daß er zu der Schirne 179a gehöre, Statt gefunden hat. Daß dagegen die Abſicht ſpeciell dahin gegangen ſein müſſe, ein Recht an der Sache eines Anderen auszuüben, kann für erforderlich nicht gehalten werden. Zu den einſchlagenden Stellen des römiſchen Rechts:

L. 25. D. quemadm. serv. am. (8. 6.)
L. 1. § 6. L. 7. D. de itinere (43. 19.)
L. 1. § 13. de aqua quot. (43. 20.),

iſt dieß nicht ausgeſprochen und eben ſo wenig folgt aus allgemeinen Principien die Nothwendigkeit einer ſolchen ſpeciellen Richtung des animus jure suo utendi. Wer die Sache eines Anderen in dem Glauben, daß ſie ein Theil ſeiner eigenen Sache ſei, benutzt, nimmt eben damit alle diejenigen Befugniſſe an derſelben in Anſpruch, die, abgelöſt, zu beſonderen jura in re aliena gemacht werden können. Sein animus iſt alſo nur ein weiter gehender, der dem materiellen Gehalte nach, auch diejenige Abſicht in ſich ſchließt, die zum Beſitze einer Servitut erforderlich erſcheint.

2) Soviel die Verjährungszeit anlangt, iſt vom Appellanten behauptet: die Benutzung des fraglichen Platzes habe Seitens der Wittwe Rieger ſchon ſeit 15 Jahren vor dem Vertrage vom 25. October 1836 (alſo ſeit 1821) Statt gefunden, ſei von derſelben auch nach dieſem Vertrage bis zum Verkaufe des Hauſes an den Appellanten und von dieſem dann weiter, ſogar während des früheren Rechtsſtreites bis Ende Juni 1853 fortgeſetzt worden. Es iſt alſo Beſitz während eines mehr als 30jährigen Zeitraums behauptet, genügt aber, da Servituten überhaupt binnen 10 resp. 20 Jahren erſeſſen werden und vorliegend ein Beſitz inter praesentes Statt gefunden hat, ſchon 10jähriger Beſitz. Wenn Appellat dieß

a) deßhalb beſtreitet, weil zur Erſitzung von Servitutes discontinuae Immemorial-Verjährung erfordert werde, ſo kann es dahin geſtellt bleiben, ob die vorliegend in Anſpruch genommene Gerechtſame als eine servitus discontinua anzuſehen ſein würde. Die

fragliche früher allerdings allgemein verbreitete Anſicht iſt gegenwärtig in der Theorie vollſtändig aufgegeben und für Frankfurt kann in Gemäßheit der Reform. VIII. Tit. VII. § 1. und des Bauſtatuts vom 11. Juni 1809. Kap. VII. § 1. hier nur das römiſche Recht zur Anwendung kommen.

b) Die Anſicht des Appellaten, daß die 10 und 20jährige Verjährung deßhalb nicht Platz greife, weil es an einem Titel fehle, darf ſoweit ſie auf gemeines Recht gegründet wird, als eine jetzt allgemein als unrichtig anerkannte bezeichnet werden.

v. Vangerow Lehrb. § 351. Nr. 2.

conf. auch Savigny Syſt. IV. S. 507. Not. c.

Soviel aber das Frankfurter Particularrecht anlangt, kann

α) auf die der Anſicht des Appellaten allerdings entſprechenden Äußerungen dortiger Schriftſteller

v. Adlerflycht § 219.

Bender Seite 232,

deßhalb kein Gewicht gelegt werden, weil eine Abweichung dieſes von dem römiſchen Rechte, auf welches doch die erwähnten Geſetzesſtellen geradezu verweiſen, mit Nichts begründet worden iſt.

β) Die Analogie der Erſitzung von Grundeigenthum greift deßhalb nicht Platz, weil dieſe von der Servituten-Erſitzung gerade darin ſich unterſcheidet, daß ſie ordentlicherweiſe einen Beſitztitel erfordert, letztere aber nicht. Nur dann würde von einer ſolchen Analogie die Rede ſein können, wenn das Frankfurter Recht bei Immobilien eine 10 und 20jährige Verjährung überhaupt nicht kennte. Dieß iſt aber nicht der Fall.

Bender S. 209. Not. 2.

Souchay Anmerk. I. S. 113.

γ) Das Bauſtatut Kap. VII. § 3 bis 7 und 11 endlich enthält nur beſondere Beſtimmungen in Betreff des Fenſter- und Traufenrechts. Die hier vorkommende Gegenüberſtellung eines 30jährigen und eines kürzeren Beſitzes deutet allerdings darauf hin, daß der Geſetzgeber — der damals in der Theorie des gemeinen Rechts herrſchenden Lehre entſprechend — von der Anſicht ausgegangen, 30 Jahre ſeien für Servituten die eigentliche Verjährungszeit, wenigſtens da, wo es an einem dem Beſitze zu Grunde liegenden Rechtsgeſchäfte fehle. Allein dieſe Anſicht hat doch immer in den

vorliegenden durchaus ſingulären und auf andere Servituten nicht übertragbaren Vorſchriften nicht einen ſolchen Ausdruck gefunden, daß man annehmen konnte, es ſei damit für Servituten überhaupt eine geſetzliche Norm gegeben und kann daher durch dieſelbe die in § 1 ibid. ausgeſprochene Anwendbarkeit des römiſchen Rechts für alle anderen Fälle nicht ausgeſchloſſen werden.

3) In Betreff der erforderlichen Ununterbrochenheit des Beſitzes hat der Appellat ebenfalls Zweifel erhoben. So viel jedoch

a) die Behauptung anlangt, daß vorliegend eine accessio possessionis nicht Platz greife, ſo läßt ſich dieſelbe weder nach gemeinem noch nach Frankfurter Statutarrechte rechtfertigen. In erſterer Beziehung genügt es darauf hinzuweiſen, daß die Schriftſteller die bei der Servituten-Erſitzung eine accessio possessionis überhaupt oder wenigſtens da, wo es an einem Titel fehlt, nicht ſtatuiren wollen.

Dabelow Verjährung II. § 107.
Glück Comment. IX. S. 153,

von einer unrichtigen Grundauffaſſung dieſer Erſitzung — Letzterer insbeſondere davon, daß es einer scientia und patientia des Herrn der dienenden Sache bedürfe:

conf. darüber v. Vangerow l. c. Nr. 3.

ausgehen. — Die Frankfurter Reform. II. Tit. III. § 8 aber, indem ſie die accessio possessionis bei der 30jährigen Verjährung, deren ſie allein Erwähnung thut, anerkennt, hat offenbar überall nicht die Abſicht, ſie bei der kürzeren auszuſchließen.

b) Appellat hat ſich ſodann darauf berufen, daß, nachdem Appellant bei der Plattung des Bodens den Klotz von ſeinem Platze weggenommen, daſelbſt bis zum Frühjahre 1852 gar kein ſolcher geſtanden, daß Appellant jedenfalls ſeit Beginn des früheren Prozeſſes den Klotz nicht mehr benutzt und Appellat, ſo oft es ihm zweckmäßig geſchienen, den Klotz von ſeinem gewöhnlichen Platze weg in ſeinen Keller geſtellt und dort mit Ausſchließung des Appellanten und ſeiner Rechtsvorgängerin benutzt habe. Es bedarf aber keiner Ausführung, daß in allen dieſen Momenten, denen für den Gegenbeweis eine gewiſſe Erheblichkeit nicht abzuſprechen ſteht, eine eigentliche Unterbrechung des Beſitzes des Appellanten nicht gefunden werden kann.

4) Endlich gehört hierher noch der Einwand des Appellaten: die Wittwe Rieger sei nicht Allein-Eigenthümerin des Hauses 179 und der Schirne 179a gewesen und habe ohne Consens der Miteigenthümerinnen jenem Grundeigenthume eine Activservitut nicht erwerben können. Nun ist es allerdings richtig, daß der Miteigenthümer eines Grundstücks als solcher durch sein Alleinhandeln eine Servitut für dasselbe nicht begründen kann.

L. 5. L. 18. D. comm. praed. (8. 4).

L. 9. de S. P. R. (8. 3).

Gleichwohl steht das in Bezug genommene Sachverhältniß im vorliegenden Falle dem Erwerbe der fraglichen Servitut nicht entgegen. Denn

a) die Wittwe Rieger hatte, nach dem, was Appellat selbst über die Eigenthumsverhältnisse anführt, als überlebende Ehefrau den Besitz an derjenigen Hälfte des Hauses und der Schirne 179a, die von ihrem verstorbenen Ehemanne auf ihre Tochter eigenthümlich übergegangen war und konnte vermöge dieses Rechts das ganze Grundstück vertreten und dessen Lage zu einer rechtlich besseren machen, und

b) macht jedenfalls auch der später erfolgende Consens der Miteigenthümer die vorausgegangene Erwerbshandlung eines Theilhabers zu einer vollgültigen und wirksamen.

L. 18 cit.

Dieser Consens aber wird vorliegend vollständig dadurch ersetzt, daß Appellant der Rechtsnachfolger aller Theilhaber geworden ist, die Benutzung fortgesetzt hat, und die Servitut für sich in Anspruch nimmt.

D. Leidet hiernach der von dem Appellanten für das in Anspruch genommene Mitgebrauchsrecht angeführte Erwerbsgrund überall nicht an einem solchen Mangel, daß eine sofortige Verwerfung desselben gerechtfertigt erscheint, so mußte bei dem von Seiten des Appellaten erfolgten Abläugnen desselben auf dessen Beweis erkannt werden.

Dieser Beweis war jedoch auf die Thatsache 10jährigen Besitzes zu beschränken und dem Appellanten nicht zugleich der Beweis der Fehlerlosigkeit seines Besitzes zuzumuthen.

v. Bangerow a. a. O. Nr. 2 in f.

E. Als eigentliche Repliken, beziehungsweise Einreden des Appellaten kommen in Betracht

1) die Behauptung, daß die Mitbenutzung des Klotzes von Seiten der Wittwe Rieger beziehungsweise des Appellanten nur precario Statt gefunden. Darüber war beim Läugnen des Appellanten Beweis nachzulaſſen

2) die Behauptung, daß während des früheren Prozeſſes die Benutzung Seitens des Appellanten heimlich geſchehen ſei. Dieß wird nur für den Fall in Betracht kommen, daß Appellant die genannte Zeit mit in den von ihm zu führenden Beweis hineinziehen ſollte, und bildet für dieſen Fall den Gegenſtand eines dem Appellaten nachgelaſſenen Beweiſes.

3) Die Behauptung: die jetzt im Streite begriffene Frage ſei bereits entſchieden, da das Stadtgerichts-Urtheil vom 24. November 1852 auf alle in dem früheren Prozeſſe vom Appellanten vorgetragenen Anſprüche ergangen ſei, alſo auch auf dasjenige, was damals in der Replik vorgebracht worden und jetzt wiederholt geltend gemacht werde.

Es ergibt ſich indeſſen aus dem, was unter 1. über den Inhalt der in dem früheren Prozeſſe ergangenen Erkenntniſſe bemerkt worden, daß dadurch zwar das Eigenthum des Appellaten an dem im Riſſe [5] der apponirten Stadtgerichts-Acten mit r bezeichneten Platze anerkannt, über ein beſonderes Mitgebrauchsrecht des Appellanten aber, welches damals gar nicht in Frage ſtand, nicht entſchieden iſt. Hätte der Appellant ſelbſt (was nicht der Fall iſt) in dem früheren Prozeſſe alle die Thatſachen, die er jetzt vorbringt, geltend gemacht, ſo würde doch daraus, daß denſelben für die damals in Anſpruch genommene freie Dispoſition über jenen Platz jede Erheblichkeit aberkannt worden, nicht folgen, daß er ſich darauf nicht jetzt zu einem ganz anderen Zwecke berufen dürfte. Nur wenn bereits (was nicht geſchehen iſt) über die Unwahrheit jener Thatſachen erkannt wäre, würde deren Benutzung dem Appellaten gegenüber ausgeſchloſſen ſein. — Es konnte daher die aus der res judicata entnommene Replik beziehungsweiſe Einrede keine Berückſichtigung finden.

52.

Die Vormünder der **J. G. M. Ruttmann**'ſchen Kinder und Handelsmann **C. W. J. Klee**, Intervenienten wider **Conrad Caspar Ruttmann**, Interventen, zur Sache des Letzteren, Klägers wider **J. G. M. Ruttmann**, jetzt deſſen Erben, Forderung insbeſondere Execution betreffend.

Vorbemerkung.

Durch Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 31. Auguſt 1853 war in Klagſachen des Conrad Caſpar Ruttmann wider J. G. M. Ruttmann die Hülfsvollſtreckung gegen die J. G. M. Ruttmann'ſchen Erben verfügt und ſolche am 27. September deſſelben Jahres durch Beſchlagnahme der Einkünfte aus dem unter Adminiſtration ſtehenden elterlichen Erbvermögen der Ehefrau des Beklagten, Catharina Henriette Klee, vorher verehelichten J. G. M. Ruttmann, geb. Lehr, vollzogen worden. Dieſe Beſchlagnahme wurde ſowohl durch die Vormünder der minderjährigen Kinder erſter Ehe der Frau Klee, als auch Namens des minderjährigen Kindes zweiter Ehe, durch deſſen Vater C. W. J. Klee interveniendo angefochten unter dem Vorgeben, daß Frau Klee auf die ihr teſtamentariſch zuſtehende Nutznießung an ihrem elterlichen resp. dem großelterlichen Erbvermögen ihrer Kinder erſter Ehe durch Urkunde vom 12. Juli 1853 zu Gunſten ihrer Kinder beider Ehen verzichtet habe.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 6. Januar 1854.

In Erwägung, daß

I. die Intervention der Vormünder betreffend,

1) die Klee'ſche Ehefrau auf den ihr zuſtehenden Nießbrauch an dem großelterlichen Vermögen ihrer Kinder erſter Ehe zu Gunſten der letzteren verzichtet hat,

2) Intervent die hiergegen vorgeſchützte Einrede der Simulation zu beweiſen hat,

3) die ferner vorgeſchützte exceptio Pauliana — welche auf den Fall eines förmlichen Concurſes nicht beſchränkt iſt — in vorliegendem Falle, wo die Vermögensverhältniſſe der Klee'ſchen Ehefrau ſowohl dieſer ſelbſt, als den Vormündern der Ruttmann'ſchen Kinder zur Genüge bekannt waren, für begründet erachtet werden müßte, wenn, wie Intervent behauptet, ſonſtige bona exequenda nicht vorhanden wären,

II. die Intervention des Handelsmannes Klee betreffend,

der Intervenient, welchem lediglich der factiſche Mitgenuß an dem Vermögen ſeiner Ehefrau zuſteht, überall nicht befugt iſt, auf den Grund dieſes Mitgenuſſes der Berichtigung der auf beſagtem Vermögen haftenden Schulden zu widerſprechen,

wird zu Recht erkannt:

A. der Handelsmann Klee wird mit ſeiner Intervention ab- und zur Ruhe gewieſen,

B. Intervent hat vorbehältlich des Gegenbeweiſes binnen 14 Tagen zu beweiſen,

entweder

a) daß der Verzicht der Klee'ſchen Ehefrau auf die Einkünfte aus dem großelterlichen Vermögen ihrer Kinder erſter Ehe zu Gunſten der Letzteren nur zum Schein und nicht in Wirklichkeit geſchehen ſei,

oder

b) daß außer dieſer Einkünfte ſonſtiges greifbares Vermögen der Klee'ſchen Ehefrau nicht vorhanden ſei, — und

C. ſoll hiernach wegen der Intervention der Ruttmann'ſchen Vormünder, ſowie wegen der Prozeßkoſten weitere Verfügung erfolgen.

Auf Appellation der Intervenienten wurde das angefochtene Erkenntniß des Stadtgerichts durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 6. März 1854 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 26. April 1855 unter Verurtheilung der Intervenienten in die Koſten beider Inſtanzen beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

In jetziger wie in voriger Inſtanz iſt die Appellation von den Vormündern der J. G. M. Ruttmann'ſchen Kinder, ſowie von dem Stiefvater der Letzteren C. W. J. Klee gemeinſchaftlich ergriffen und verfolgt worden.

Soviel nun

A. den Mitappellanten Klee betrifft, ſo mußte in Beziehung auf ihn das Rechtsmittel ſchon wegen der prozeſſualiſchen Lage der Sache als unbegründet verworfen werden. Bei der von ihm und den Ruttmann'ſchen Vormündern angebrachten Intervention, welche den Gegenſtand des jetzigen Incidentſtreites bildet, war derſelbe theils für ſich, auf Grund ſeines ehemännlichen Rechtes, theils als Vertreter ſeiner beiden minderjährigen Kinder aufgetreten. Das Stadtgericht wies ihn mit der in jener erſteren Eigenſchaft erhobenen Intervention ab, und da hiergegen keine Beſchwerde geführt worden iſt, ſo kann ſeine Theilnahme an der Appellation nur als im Namen ſeiner minderjährigen Kinder erfolgt angeſehen werden. Nun hat aber das Stadtgericht zur Zeit über die Intervention dieſer, der Klee'ſchen Kinder, noch gar nicht erkannt, indem in dem Urtheil vom 6. Januar 1855 neben dem zurückgewieſenen Anſpruch des Klee ſelbſt, überall nur von den Ruttmann'ſchen Vormündern, nicht aber von den Klee'ſchen Kindern die Rede iſt, auch nicht etwa angenommen werden kann, daß dieſe ſtillſchweigend in der Entſcheidung mitbegriffen ſein ſollten, da das Stadtgericht, wie ſowohl der Entſcheidungsgrund unter I. 1, als die Faſſung des Beweisſatzes unter B. a. deutlich zeigt, irriger Weiſe davon ausging, als handle es ſich nur um eine Abtretung von Einkünften der Frau Klee an ihre Kinder erſter Ehe. Die Darſtellungen beider Parteien in jetziger Inſtanz ſetzen freilich anſcheinend voraus, als ſei wegen der Klee'ſchen Kinder daſſelbe, wie wegen der Ruttmann'ſchen Kinder erkannt, wie ſich denn auch wohl kaum bezweifeln läßt, daß dieſes geſchehen ſein würde, wenn das Stadtgericht die gleiche Betheiligung der beiderſeitigen Kinder nicht überſehen hätte. Allein eine Übereinkunft der Parteien,

die ſtadtgerichtliche Entſcheidung als für die Klee'ſchen Kinder mitgegeben anzuerkennen, liegt doch nicht vor, und da es ſonach formell an einem Ausſpruch fehlt, welcher den Klee'ſchen Kindern etwas zu- oder aberkannt hätte, ſo iſt eine ihnen zugefügte Beſchwerde nicht denkbar.

B. Anlangend die Appellation der Vormünder der Ruttmann'ſchen Kinder, ſo iſt die aufgeſtellte Beſchwerde auf Verwerfung der vom Interventen wegen argliſtiger Vereitelung ſeiner Befriedigung vorgeſchützten Einrede (exceptio Pauliana) gerichtet. Der Intervent macht gegenwärtig gegen dieſe Beſchwerde

I: geltend, die Abtretung der in Frage ſtehenden Einkünfte von Seiten der Frau Klee ſei ſchon an ſich wirkungslos, weil ein Rechtsgeſchäft, wodurch eine Mutter Vermögenstheile an ihre Kinder bloß zum Zwecke der Unterhaltung und Erziehung überlaſſe, rechtlich nicht möglich ſei, jedenfalls aber den Intervenienten die exceptio doli entgegenſtehe; es komme daher auf die beſonderen Vorausſetzungen der actio (oder exceptio) Pauliana gar nicht an. Ob der Intervent, da er das ſtadtgerichtliche Erkenntniß ſeinerſeits nicht angefochten hat, jetzt noch auf dieſe Einwendungen zurück zu kommen befugt war, kann dahingeſtellt bleiben, da beide jedenfalls materiell verwerflich ſind. Denn was

1) die Anſicht von der völligen Ungültigkeit des Abtretungsgeſchäftes betrifft, ſo läßt ſich kein Rechtsgrund auffinden, weßhalb es ſchlechthin unſtatthaft ſein ſollte, wenn eine Mutter Kapitalvermögen oder beſtimmte Einkünfte an ihre durch Vormünder vertretene Kinder überläßt, um damit für die Zukunft die Koſten ihrer Erziehung völlig ſicher zu ſtellen und ſie inſoweit von den Wechſelfällen ihres eigenen Vermögenszuſtandes unabhängig zu machen.

2) In der Vernehmlaſſung auf die Intervention iſt vorgeſchützt worden, die Vertreter der Kinder hätten an der böslichen Abſicht der Frau Klee, jede Befriedigung ihrer Gläubiger unmöglich zu machen, wiſſentlich und abſichtlich ſich betheiligt. Hierin kann allerdings nicht bloß die exceptio Pauliana, ſondern auch eine exceptio doli gefunden werden. Allein da in den Rechtsregeln von der actio Pauliana genau die Vorausſetzungen beſtimmt ſind,

unter denen ein Gläubiger die auf Verkürzung oder Vereitelung ſeiner Befriedigung gerichteten Rechtsgeſchäfte des Schuldners mit einem Dritten anzufechten befugt ſein ſoll, und ganz dieſelben Vorausſetzungen auch für den Fall aufgeſtellt werden, wo es ſich darum handelt, eine von dem Dritten aus ſolchem Rechtsgeſchäft erhobene Klage zurückzuweiſen,

l. 25 D. de reb. auct. jud. (42. 5.)

ſo folgt daraus von ſelbſt, daß es eine bloß auf denſelben Grund wie die actio Pauliana geſtützte, aber von deren beſonderen Bedingungen entbundene exceptio doli nicht geben kann.

Sonach bedarf es zur Entſcheidung über die aufgeſtellte Beſchwerde

II. der Prüfung, ob die vom Interventen vorgeſchützte Einrede die Vorausſetzungen der actio Pauliana für ſich hat. Dieß iſt aber mit Unrecht von den Intervenienten beſtritten worden. Sie haben ſich

1) darauf berufen, daß die actio Pauliana außer dem Fall des Concurſes überhaupt unſtatthaft ſei. In dieſer Beziehung darf zunächſt nach

l. 1. pr. l. 10. § 6—8. D. h. t. (42. 8.)

ſoviel als ausgemacht angeſehen werden, daß die actio Pauliana nicht bloß vom curator bonorum, ſondern auch von einzelnen verkürzten Gläubigern erhoben werden kann. Zweifelhafter iſt es, ob nicht auch im letzteren Falle der Ausbruch des formellen Concurſes über das Vermögen des Schuldners eine Vorausſetzung für die Klage bilde, oder ob es genüge, wenn der Schuldner zur Zeit der Veräußerung, welche angefochten werden ſoll, inſolvent war, oder durch dieſelbe wurde; und es liegen hierüber entgegengeſetzte Entſcheidungen höchſter Gerichtshöfe vor.

Seuffert Archiv. Bd. III. Nr. 247, 251.

Es muß jedoch die zweite Anſicht als die richtigere anerkannt werden. Zwar wird im Römiſchen Rechte allerdings als Vorausſetzung der Klage, wie der entſprechenden Einrede, erwähnt, daß nicht nur die missio in possessionem, ſondern ſelbſt die venditio bonorum erfolgt ſein müſſe, und wird die Verjährung der Klage erſt von letzterem Zeitpunkte an berechnet.

l. 25. D. de reb. auct. jud. (42. 5).

l. 6. § 14., l. 10. § 1, 18. l. 25. § 7. D. h. t. (42. 8.)

Allein der Grund dieſer Beſtimmung liegt nicht darin, daß man für nöthig gefunden hätte, die Anſtellung der Klage etwa nur einer Mehrheit von Gläubigern (oder ihrem Vertreter) zu geſtatten, wenn das zu ihrer gemeinſchaftlichen Befriedigung eingeleitete Verfahren zu einem beſtimmten Abſchnitt gebracht ſein werde, ſondern, wie

l. 10. § 1. cit.

ergibt, nur darin, daß die Inſolvenz des Schuldners, der eventus fraudis, erſt mit der venditio bonorum für vollkommen erwieſen erachtet wurde. Dieß aber beruhte auf der Eigenthümlichkeit des damaligen Executionsverfahrens. Die missio in possessionem und bonorum venditio ſetzte nämlich keineswegs eine Mehrheit von Gläubigern voraus,

vgl. l. 8. § 4. D. de reb. auct. jud. (42. 5.)

ſie war vielmehr überhaupt auch für jeden einzelnen Gläubiger der regelmäßige und lange Zeit der einzige Weg ſich aus dem Vermögen des Schuldners zwangsweiſe Befriedigung zu verſchaffen, und da die venditio ſtets in einem Verkauf der Geſammtheit des Vermögens beſtand, ſo ließ ſich vor dem Abſchluß mit dem Käufer nicht ſagen, ob und um wie viel die Gläubiger an ihren Forderungen verlieren würden. Wenn daher die Möglichkeit der actio Pauliana an die erfolgte venditio bonorum geknüpft wurde, ſo ſollte damit der Sache nach nur die gehörige Excuſſion des Schuldners und die dadurch hergeſtellte Gewißheit ſeiner Inſolvenz, nicht das Daſein eines Concurſes, als Vorausſetzung ausgedrückt werden. Daraus folgt aber, daß gegenwärtig, wo die damalige Form der Execution nicht mehr beſteht, es genügen muß, wenn über die Inſolvenz des Schuldners auf irgend eine Weiſe Gewißheit hergeſtellt wird, dem Gläubiger alſo auch, wie hier geſchehen, eine directe Beweisführung darüber zu geſtatten iſt.

2) Die Intervenienten haben ferner in der Replik angedeutet und in jetziger Inſtanz näher auszuführen geſucht, ſie hätten bei Abſchluß des angefochtenen Rechtsgeſchäftes ſich nur das übertragen laſſen, was ihren Mündeln von Rechtswegen gebühre, es ſei nur die Erfüllung der mütterlichen Alimentationspflicht ein für alle

Mal regulirt worden. Dieſe Behauptung beruht jedoch auf einer irrigen Auffaſſung des Begriffs der Alimentationspflicht. Die auf Verwandtſchaft beruhende Alimentationspflicht iſt juriſtiſch eine rein concrete und richtet ſich ſowohl hinſichtlich ihrer Entſtehung als ihres Umfangs nach der jedesmaligen Vermögenslage der beiden Betheiligten in dem Augenblick, wo die Alimente gefordert oder gegeben werden. Die Pflicht beſteht geſetzlich immer nur dann, wenn der in Anſpruch genommene Verwandte hinreichendes Vermögen beſitzt, um die Alimente leiſten zu können,

l. 5. § 15. 26. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.)

l. 2. C. de alendis liberis (5. 25.)

und darum heißt es auch in zahlreichen Stellen, daß die Alimente pro modo facultatum zuzuerkennen ſeien.

l. 5. § 7. 10. 19. 25. D. eod. (25. 3.)

l. 3. 4. C. eod. (5. 25.)

c. 5. in fin. X. de eo qui duxit (4. 7.)

Die Vorausſetzung der die Eltern treffenden Pflicht in concreto iſt demgemäß, daß dieſelben nach Verhältniß ihres Vermögens, mithin nach Vergleichung der Activen und Paſſiven, d. h. ohne Verkürzung ihrer Gläubiger, im Stande ſind, die erforderlichen Mittel zu verabreichen, und die Kinder mit ihren Alimentationsanſprüchen können keineswegs als Gläubiger ihrer Eltern gleichberechtigt in die Reihe der wirklichen Creditoren geſtellt werden; es ſteht ihnen vielmehr an das überſchuldete Vermögen der Eltern gar keine auf Alimentation gerichtete Forderung zu. Hieraus ergibt ſich von ſelbſt, daß wenn eine Mutter das einzige Activum, was ſie hat, unter Benachtheiligung ihrer vorhandenen Gläubiger ihren Kindern zur Deckung der Unterhaltungs- und Erziehungskoſten abtritt, ſie dadurch nicht eine Zahlung oder ein dieſer gleichſtehendes Geſchäft, ſondern lediglich eine Schenkung vornimmt; ein Satz, für welchen, bei der unverkennbaren Analogie zwiſchen der elterlichen Alimentationspflicht und der Dotationspflicht des Vaters, die

l. 25. § 1. D. h. t. (42. 8.) verb. „quod si quis" &c.

eine Beſtätigung liefert. Eine Schenkung aber kann von den betheiligten Gläubigern mittelſt der actio oder exceptio Pauliana

revocirt werden, und es bedarf dabei nicht einmal des Nachweises der mala fides des Beschenkten, hier der Kinder oder ihrer Vormünder.

3) Der weitere Einwand der Intervenienten, daß Frau Klee nur einen Verzicht nachgeholt habe, den sie gleich bei Delation der elterlichen Erbschaft gültig hätte erklären können, und daß sie auch jetzt sich nur eines ferneren Erwerbes für die Zukunft entschlagen habe, ist so augenscheinlich grundlos, daß er gar keiner Widerlegung bedarf. Gleich frivol ist

4) die Behauptung, der Intervent würde, wenn er Recht behielte, anderen Gläubigern der Frau Klee gegenüber begünstigt werden. Nicht nur ist dieser Einwand ein aus dem Rechte Dritter hergenommener, sondern der Intervent ist auch gar nicht in gleicher Lage mit den Intervenienten, da er nicht durch ein Rechtsgeschäft mit der Schuldnerin etwas an sich gebracht, sondern nur auf dem geordneten gerichtlichen Wege, welcher jedem andern Gläubiger in gleicher Weise offen steht, seine Befriedigung gesucht hat.

Endlich läßt sich, wenn der vom Stadtgericht auferlegte Beweis geführt wird, auch

5) an der für die actio Pauliana erforderlichen Absicht der Frau Klee, ihre Gläubiger zu verkürzen, nicht im mindesten zweifeln. Waren nämlich die fraglichen Einkünfte das einzige greifbare Executionsobject, und sollten durch deren Abtretung, wie feststeht, den Kindern die Mittel zu ihrer Unterhaltung und Erziehung für die Zukunft gesichert werden, während diese an das Vermögen der Mutter gar keine Ansprüche erheben konnten, und eine sonstige, rechtlich erklärbare Veranlassung zu dem Abtretungsgeschäft weder ersichtlich noch auch nur behauptet ist, so leuchtet ein, daß Frau Klee nur in der Absicht gehandelt haben kann, das Object den Gläubigern zu entziehen um es ihren Kindern zuzuwenden und dadurch zugleich der Nothwendigkeit anderweiter Beschaffung der Erziehungskosten überhoben zu sein. Das Geschäft unterliegt, soviel das Verhältniß zu den Gläubigern betrifft, einer gleichen Beurtheilung, wie eine Schenkung des ganzen Vermögens,

vergl. l. 17. § 1. D. h. t. (42. 8.)

dazu kommt, daß die schriftliche Beurkundung des Abtretungs-

geſchäfts unmittelbar nach der vom Interventen erwirkten und nur noch von deſſen Eid abhängigen Verurtheilung der Ruttmann'ſchen Erben in die bedeutende Summe von 8827 Gulden nebſt Zinſen erfolgte, was eine Beſtätigung dafür liefert, daß die Abſicht der Verkürzung gegen dieſen Gläubiger vorzugsweiſe oder mindeſtens mit gerichtet war. Unerheblich iſt der dawider vorgebrachte Einwand, daß das Abtretungsgeſchäft ſchon viele Monate vor der Verurtheilung — wie im jetzigen Appellationslibell S. 5 näher angeben wird: im Frühjahr 1853 — mündlich verabredet geweſen ſei; denn die Intervenienten behaupten gar nicht, daß damals der Vermögensſtand der Frau Klee ein beſſerer geweſen ſei, als ſpäter, und der Ausgang des Hauptprozeſſes konnte von Frau Klee ſchon als wahrſcheinlich vorausgeſehen werden, da die Zeugenvernehmungen im Februar 1853 beendigt und ihr bekannt waren, das verurtheilende Erkenntniß ſich weſentlich auf den Zeugenbeweis ſtützt und Frau Klee daſſelbe anzufechten gar nicht verſucht hat.

Mußte nach dem bisherigen die vorgeſchützte Einrede für begründet und der darüber auferlegte Beweis für gerechtfertigt erachtet werden, ſo ſtellte ſich auch

III. das in jetziger Inſtanz von den Intervenienten eventuell erhobene Verlangen, wenigſtens zur Hälfte mit dem Interventen an den fraglichen Einkünften zu participiren, von ſelbſt als ein völlig unbegründetes dar, da nach dem Obigen eine Forderung der Ruttmann'ſchen Kinder, wegen deren ſie die fraglichen Einkünfte als Executionsobject in Anſpruch nehmen könnten, gar nicht beſteht.

C) In Folge der Hauptentſcheidung mußte zugleich die Beſchwerde über Verurtheilung der Intervenienten in die Koſten voriger Inſtanz als unbegründet verworfen werden, und waren dieſelben auch in die Koſten jetziger Inſtanz zu verurtheilen.

53 und 54.

Dr. phil. **H. M. Malten**, Kläger, wider die **Heinrich Ludwig Brönner**'sche Buchhandlung, wegen Honorarforderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 23. November 1853.

— — — — — — — — — — — —

2) Der Kläger fordert, gestützt auf § 4 des Vertrags [3] der Acten, das Honorar für die von ihm verfaßte Beschreibung der Burg Stolzenfels. Da das Honorar nach dem angeführten Paragraphen nach Vollendung des Drucks von der Verlagshandlung auszuzahlen war und die Beklagte nicht bestreitet, daß der Druck vollendet ist, so erscheint die Klage an sich als begründet. Eines Beweises darüber, daß das Werk in Folge des vorgelegten und keines anderen Vertrags erschienen sei, bedarf es nicht, sondern dieses ist, so lange nicht das Gegentheil dargethan wird, ohne Weiteres anzunehmen.

— — — — — — — — — — — —

4) Die Beklagte behauptet aber, es sei der Vertrag durch mündliche Übereinkunft zwischen ihr und dem Kläger abgeändert worden, und zwar dahin:

„daß sie (die Beklagte) die Druckkosten und sonstigen Ausstattungskosten, so weit sie noch nicht gedeckt erscheinen, daran wagen wollte, das Weitere aber, nämlich ob für ihre Provision und für des Klägers Honorar etwas herauskomme, von dem Erfolge der beiderseitigen Bemühungen abhängen sollte."

Würde diese Angabe, welche von dem Kläger in Abrede gestellt ist, erwiesen, so fiele die Klage ohne Weiteres in sich zusammen.

Denn der Kläger hat zwar behauptet, die Unkosten des Unternehmens seien durch die Subscriptionen gedeckt, keineswegs aber, das Unternehmen habe ein solches Ergebniß gehabt, daß aus dem-

ſelben neben den Unkoſten auch noch ſein Honorar und eine Proviſion der Buchhandlung bezahlt werden könnte. Nur dieſes aber würde im Stande ſein, die Klage aufrecht zu erhalten, wenn es mit der von der Beklagten angegebenen mündlichen Übereinkunft ſeine Richtigkeit hätte.

— — — — — — — — — — — —

6) Eventuell endlich will die Beklagte mit dem ganzen oder äußerſten Falles mit dem halben Betrag des ihrer Angabe nach bei dem Unternehmen entſtandenen Verluſtes, welcher ſich auf fl. 1246. 4 kr. belaufen ſoll, compenſiren.

Abgeſehen von den gegen die Berechnung vorgebrachten Einwendungen kommt gegen dieſe Compenſations-Einrede folgendes in Betracht:

Der Vertrag [3] legt dem Kläger keine Verbindlichkeit auf, einen etwa entſtehenden Verluſt ganz oder theilweiſe zu tragen. Vielmehr heißt es in demſelben im § 4, nachdem das nach Vollendung des Druckes auszuzahlende Honorar feſtgeſetzt iſt:

„Alle für das Unternehmen bereits gehabten und noch zu machenden Auslagen, als Reiſeſpeſen, Porti, Trinkgelder ꝛc., werden dem Verfaſſer von der Verlagshandlung erſetzt.“

Und wenn in dem § 5 ſodann noch Theilung des Reinertrags zwiſchen dem Verfaſſer und der Verlagshandlung verabredet iſt, ſo folgt daraus keineswegs, daß auch ein etwa entſtehender Verluſt den Verfaſſer theilweiſe oder gar ausſchließlich treffen müſſe.

Auch daß in dem § 1 das Unternehmen ein gemeinſchaftliches genannt wird, reicht zur Begründung der Beklagterſeits aufgeſtellten Behauptung nicht hin. Denn ein gemeinſchaftliches Unternehmen kann unter vielerlei Modificationen ſtattfinden und bedingt nicht ſchlechthin die Gemeinſchaftlichkeit des auſtehenden Verluſtes.

L. 29 und 30 pro socio 17. 2.

War der Vertrag, wie die Beklagte behauptet, auf die Vorausſetzung gebaut, daß kein Verluſt entſtehen könne, weil das Unternehmen nur dann erſt zur Ausführung kommen ſollte, wenn die Koſten durch Subſcriptionen gedeckt wären, ſo ändert auch dieſes nichts an der Sache. Denn ſchritt die Beklagte zur Ausführung, ohne daß die Deckung vorhanden war, ſo that ſie dieß, wie oben

unter 4. bemerkt, auf ihre eigene Gefahr. Hat sie aber vor der Ausführung die oben unter 4. gedachte mündliche Übereinkunft mit dem Kläger getroffen, so muß die Klage schon als an sich unbegründet abgewiesen werden, ohne daß es der Compensations-Einrede bedarf.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

— — — — — — — — — — — — —

II. Die Beklagte ist schuldig dem Kläger die geforderten fl. 396 nebst Zinsen zu 5 pCt. seit dem 27. Januar 1853 binnen 14 Tagen zu bezahlen und die verursachten Kosten zu ersetzen, sie würde denn binnen 14 Tagen beweisen, daß der Vertrag [3] durch mündliche Übereinkunft dahin abgeändert worden sei, daß sie (die Beklagte) die Druckkosten und sonstigen Ausstattungskosten, soweit sie noch nicht gedeckt erschienen, daran wagen wollte, das Weitere aber, nämlich: ob für ihre Provision und für des Klägers Honorar etwas herauskomme, von dem Erfolge der beiderseitigen ferneren Bemühungen abhängen solle.

III. Für den Fall, daß dieser Beweis erbracht wird, bleibt abgeändertes Erkenntniß vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 10. März 1854.

Auf Appellation der Beklagten.

Die Klage ist lediglich auf einen zwischen dem Kläger und der beklagten Verlagshandlung am 12. April 1843 abgeschlossenen Vertrag über Herausgabe einer „historisch topographischen Beschreibung der Burg Stolzenfels" gegründet, und nur aus diesem Vertrag die Forderung eines Honorars von fl. 396 abgeleitet.

Da die Auslegung dieses Vertrags der Punkt ist, um welchen sich die bisherigen Verhandlungen hauptsächlich drehen, indem Kläger ein ihm unbedingt zugesagtes Honorar von fl. 33 per Druckbogen anspricht, während Beklagte einen solchen Anspruch nur auf den Fall zugibt, wenn bei der Herausgabe des Werkes ein Gewinn erzielt worden seyn würde, welcher Fall nicht eingetreten ist —

nun aber der Vertrag allerdings verſchiedene Auslegungen zuläßt, ſo hat Kläger den Grund ſeiner Klage, welchen er aus dem Vertrage allein ableitet, zu beweiſen. Die beklagte Verlagshandlung ſchützt außer der Beſtreitung der vom Kläger dem Vertrag gegebenen Auslegung folgende Einreden vor:

a) daß das Werk nicht in Gemäßheit des Vertrags, ſondern in Gefolge ſpäterer Verabredung erſchienen ſei;

— — — — — — — — — — — —

c) daß Kläger ſich ſelbſt damit einverſtanden erklärt habe, daß ihm nach dem Stand des Unternehmens kein Anſpruch auf das Honorar zuſtehe;

d) daß das Werk nur auf gemeinſchaftliche Rechnung erſchienen ſei, wonach jeder Theil den Verluſt zur Hälfe zu tragen habe, worauf die Einrede der Compenſation beruht;

e) daß ſie, beklagte Handlung, erklärt habe, die Druckkoſten und ſonſtige Ausſtattungskoſten, ſoweit ſie noch nicht gedeckt erſcheinen, daran zu wagen, Weiteres aber nicht, vielmehr dieſes Weitere, nämlich: ob für ihre Proviſion und des Klägers Honorar etwas herauskomme, von dem Erfolg der beiderſeitigen Bemühungen abhängen ſolle. Von dieſen Einreden iſt jedoch die sub b. angeführte ſofort zu verwerfen — — — während ſie mit dem Beweis der unter a. c. d. und e. erwähnten Einreden zuzulaſſen iſt.

Dieſem nach wird das Stadtgerichtliche Erkenntniß vom 23. Novbr. 1853 dahin abgeändert:

daß beklagte Verlagshandlung zu Bezahlung des eingeklagten Betrags nebſt Zinſen und Koſten, noch zur Zeit nicht ſchuldig ſey, vielmehr Kläger in einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Friſt zu erweiſen habe:

daß die Abſicht der Contrahenten dahin gegangen ſey, daß dem Kläger ohne Rückſicht darauf, ob bei dem Unternehmen Nutzen oder Schaden herauskomme, das Honorar von fl. 33 per Druckbogen gebühre,

und der beklagten Verlagshandlung außer dem direkten Gegenbeweis auch der Beweis ihrer unter a. c. d. e. vorgeſchützten Einreden vorbehalten und die Koſten bis zum Endurtheil ausgeſetzt bleiben.

Beiden Theilen bleibt unbenommen ſich der in den Acten befindlichen Momente bei Führung der Beweiſe und des Gegenbeweiſes mit zu bedienen.

Die in gegenwärtiger Inſtanz erwachſenen Koſten werden wegen Wechſels der Erkenntniſſe verglichen und die Rückſendung der Acten verordnet.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. Juli 1854.

Auf Reſtitutionsgeſuch des Klägers.

Es wird dem Kläger die von dem Beklagten am 7ten dieſes Monats hierſelbſt übergebene Erklärung mit den Anlagen A — D. hieneben abſchriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und da freilich dem Beklagten darin beizupflichten iſt, daß der Kläger dadurch, daß derſelbe ſeinem Anwalte Dr. — die zur Überſendung an den klägeriſchen Procurator erforderlichen 24 Thaler preuß. Cour. nicht ſchon, dem von Jenem am Donnerſtage den 4. Mai an ihn gerichteten Verlangen gemäß, am Freitage den 5. Mai oder am Sonnabend den 6. Mai zuſtellte, Veranlaſſung dazu gegeben hat, daß der Appellationslibell nebſt Beilagen erſt am Montag den 8. Mai in Frankfurt der Poſt übergeben worden iſt, um dem klägeriſchen Procurator zugängig gemacht zu werden; da indeſſen nicht jene, erſt am Montag erfolgte Einhändigung der 24 Thaler von Seiten des Klägers an Dr. —, ſondern der Umſtand, das um zwei Tage verſpätete Eintreffen des Appellationslibells in Lübeck veranlaßt hat, daß der Dr. — den Brief mit der Appellationsſchrift und den 24 Thalern am 8. Mai auf die Fahrpoſt gegeben hat, anſtatt Erſtere allein mit der Briefpoſt hierher abgehen zu laſſen, in welchem letzteren Falle, ausweiſe des, von dem Beklagten unbeſtritten gebliebenen Atteſtes der Fürſtlich Thurn und Taxiſchen Briefpoſt-Expedition zu Frankfurt vom 15. Mai dieſes Jahres und des Poſtſtempels, der Brief am 9. Mai Abends hieſelbſt angekommen und am 10. Mai Morgens, alſo rechtzeitig dem Procurator zugekommen ſein würde; da auch das gleichzeitige Eintreffen des Koſtenvorſchuſſes mit dem Appellationslibelle und deſſen Bei-

lagen keineswegs nothwendig geweſen wäre, indem Dr. —, wenn er, was nicht anzunehmen, Urſache gehabt hätte, zu vermuthen, daß der Procurator, welchem die Vollmacht in vorliegender Sache übertragen wurde, ſeiner Verſicherung, daß die 24 Thaler mit der Fahrpoſt nachträglich eingehen würden, keinen Glauben ſchenke, die Abſendung der 24 Thaler ſofort hätte ausführen und den Poſtſchein hierüber mit dem Libelle auf dem Briefpoſtwege dem Procurator hätte zugehen laſſen können, wo es dann dem Letzteren an jeglicher begründeten Einwendung gegen die Beſorgung des Erforderlichen — und zwar ſelbſt abgeſehen von der Beſtimmung in A. Nr. 1 ad finem der Procurator-Ordnung — gefehlt hätte; da mithin die Nichteinhaltung der achtwöchigen Friſt nur in einem Mangel der nöthigen Diligenz auf Seiten des Dr. — in Betreff einer ihm als Anwalt des Klägers ordentlicher Weiſe obliegenden und auch von ihm actenkundigermaaßen übernommenen Function, der Expedirung zur Poſt ihren Grund gehabt hat; da bei dem unbeſtritten vorliegenden Thatumſtande zu der Auflegung eines von dem Kläger abzuleiſtenden Eides keine Veranlaſſung vorhanden iſt, ſo erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß der Kläger, wie hiermit geſchieht, gegen die verſpätete Einreichung der Ein- und Ausführungsſchrift ſeiner wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 10. März 1854 ergriffenen Appellation in den vorigen Stand zu ſetzen, auch der Beklagte ſchuldig ſei, nunmehr ſeine Vernehmlaſſung auf den bereits mitgetheilten Appellationslibell binnen Ordnungsfriſt bei Vermeidung des Ausſchluſſes einzureichen, und ſoll das Appellationsgericht um Einſendung der Voracten erſucht werden.

Zugleich wird der Dr. — ſchuldig erkannt, nicht nur beiden Theilen die Koſten des Reſtitutionsverfahrens zu erſtatten, ſondern auch eine Strafe von 10 Thalern Lüb. Cour. innerhalb vier Wochen bei Vermeidung executiviſcher Maaßregeln an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 14. Mai 1855.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

Daß die Formalien der Appellation nach der dem Kläger durch das Erkenntniß vom 11. Juli 1854 ertheilten Restitution für berichtigt anzunehmen, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 10. März 1854 aufheben, und dasjenige des Stadtgerichts vom 23. November 1853, jedoch mit dem Zusatze wieder herzustellen sei, daß dem Beklagten, neben dem in jenem Erkenntnisse sub II. normirten Beweise, der Beweis des Umstandes alternative nachzulassen sei:

> daß es zwischen ihm und dem Kläger bei dem Abschlusse des Vertrags [3] einverstanden gewesen sei, daß, wenn sich bei der ersten, auf Subscription zu veranstaltenden Ausgabe des in Rede stehenden Werkes ein Verlust ergeben würde, dieser Verlust von beiden Theilen je zur Hälfte getragen werden solle, und daß sich Verlust, und welcher, aus dem Unternehmen ergeben habe; und wird nunmehr die Sache unter Compensation der Kosten der gegenwärtigen und der vorigen Instanz zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Es kam bei der Entscheidung der vorliegenden Sache wesentlich auf die Beurtheilung des zwischen den Parteien im April 1843 geschlossenen, die Herausgabe des Werkes „die Burg Stolzenfels" betreffenden Contractes an.

Daß die auf Honorarzahlung gerichtete Klage an sich rechtlich begründet und auch liquide sei, konnte nach Inhalt der über diesen Vertrag aufgenommenen Urkunde nicht zweifelhaft erscheinen. Hiefür ist es ganz gleichgültig, ob der Vertrag (wie Kläger behauptet) als gewöhnlicher Verlagscontract, oder (wie Beklagter vermeint) als Unternehmen auf gemeinschaftliches Risico — als Societäts-

contract — aufzufaſſen ſei. In jedem Falle war Kläger berechtigt, ſofort nach Vollendung des Drucks von dem Beklagten das Honorar von fl. 33 per Druckbogen zu fordern. Nicht nur ſagt dieß § 4 der erwähnten Vertragsurkunde mit deutlichen Worten, ſondern es wird dieß auch im § 5 dadurch auf das beſtimmteſte wiederholt, daß das Honorar zu dem Aufwande gezählt wird, welcher bei Berechnung des Reſultats des Unternehmens vorabgezogen werden ſoll, und hierbei denjenigen Ausgaben ganz gleichgeſtellt wird, welche wie der Aufwand für Papier, Druck, Zeichnungen Stich ꝛc. als ſchon früher wirklich verwandt und reell verausgabt vorausgeſetzt werden.

Die Frage, ob der Vertrag in dem einen oder anderen oben erwähnten Sinne abgeſchloſſen ſei, gewinnt vielmehr nur für die vorgeſchützte Compenſations-Einrede Bedeutung. Denn wenn es richtig wäre, daß — wie Beklagter behauptet, — der Aufwand für Honorar, welcher ſpäter als gehabte Auslage in Anſatz gebracht werden ſollte, und ſo auch aller übrige Aufwand für das Unternehmen rechtlich nicht die Verlagshandlung allein, ſondern ſie und den Verfaſſer gleichmäßig treffen ſollte, ſo würde Beklagter allerdings berechtigt ſein, die von ihm bereits gemachten Auslagen, ſo weit ſie nicht durch den Verkauf der gedruckten Exemplare des Werkes gedeckt ſind, zu dem den Kläger treffenden Antheile gegen deſſen Honorarforderung in Aufrechnung zu bringen. Es kommt daher hier allerdings darauf an, feſtzuſtellen, ob die Abſicht der Contrahenten auf eine derartige Gemeinſchaftlichkeit des Unternehmens gerichtet war.

Aus den Worten des Vertrags kann dieſe Abſicht nicht entnommen werden.

Anlangend

1) die von den Parteien in verſchiedener Weiſe beantwortete Frage: ob nur der Beklagte Verleger des in Rede ſtehenden Werkes habe ſein, oder ob der Verlag von beiden Theilen gemeinſchaftlich habe übernommen werden ſollen? ſo iſt dieſelbe in Übereinſtimmung mit der klägeriſchen Darſtellung zu beantworten. Denn, wenngleich die Worte auf dem Titel der Schrift „Druck und Verlag von H. L. Brönner," als nach Außen gerichtet, unter

den Parteien keine Erheblichkeit beſaßen, ſo iſt es doch für den Kläger entſcheidend, daß nicht etwa nur der errichtete Contract ausdrücklich „Verlagsvertrag" in der Überſchrift genannt worden iſt, ſondern daß im Texte wiederholend die Stellung des Beklagten als diejenige des „Verlegers," oder als der „Verlagshandlung," bezeichnet und in Gegenſatz zu derjenigen des Klägers als des „Verfaſſers" gebracht worden iſt. (§ 2, § 4, § 5, § 6.) Ferner führt hierauf die Beſtimmung des § 6 hin, aus welcher erhellet, daß dem Beklagten das Verlagsrecht des fraglichen Werkes eingeräumt worden iſt. Denn er ſollte über daſſelbe mittelſt der zweiten Ausgabe für ſeinen alleinigen Nutzen disponiren dürfen und dem Kläger nur noch ein nachträgliches Honorar zu zahlen haben.

Wenn nun ſchon aus dem Vorſtehenden in einigem Maaße die Folgerung ſich ergibt, daß der Kläger nicht, wie der Beklagte, behauptet, der Mitunternehmer der Herausgabe des Werkes auf Gewinn und Verluſt habe ſein ſollen, ſo wird dieſelbe

2) durch die Faſſung des § 4 des Vertrages weſentlich unterſtützt. Dort heißt es:

> „der Verfaſſer hat für die Ausarbeitung des Werkes vorläufig ein Honorar von fl. 33 für den gedruckten Bogen zu empfangen, welche nach Vollendung des Druckes von der Verlagshandlung auszuzahlen ſind."

Hier iſt dem Kläger die Vergütung eines Honorars beſtimmt zugeſichert; eines Honorars, welches nicht etwa ihm „vorgeſchoſſen" oder, wie der Beklagte actenwidrig behauptet, „durch die Verlagshandlung" ihm ausgekehrt, ſondern welches er, wie jeder ſonſtige Autor, „zu empfangen" haben ſollte, welches ihm „von der Verlagshandlung auszuzahlen war." Auf eine nicht interimiſtiſche, unter Umſtänden rückgängig zu machende, ſondern auf eine dem Kläger verbleibende Vergütung führt mithin der Wortlaut der vorſtehend berührten Beſtimmung hin. Dieſe Auffaſſung wird überdieß beſtärkt durch die mit letzterer verbundenen Worte:

> „dem Verfaſſer werden alle gehabten Auslagen, Reiſeſpeſen ꝛc. von der Verlagshandlnng erſetzt."

Wie dem Kläger die vorbemerkten Auslagen „von der Verlagshandlung ersetzt werden sollen," was die Zurückvergütung derselben, sei es ganz oder theilweise, ausschloß, so ist auch jene Honorarzahlung im Zweifel als eine definitive zu betrachten. — Das Wort „vorläufig" steht hiermit nicht im Widerspruch; es hat nur die Bedeutung, daß der Kläger später noch mehr zu erhalten Aussicht habe, nämlich, abgesehen von dem bei Gelegenheit der zweiten Ausgabe zu zahlenden Honorar, die Hälfte des Reinertrages der illustrirten Ausgabe.

3) Nur von einer Participation des Klägers an dem nach der damaligen Ansicht der Parteien als vermuthlich angenommenen Gewinn bei der ersten Ausgabe, nicht auch von einer Verpflichtung des Klägers, einen etwaigen Verlust zur Hälfte zu tragen, ist im § 5 die Rede:

> „der Reinertrag, welcher nach Abzug aller Kosten (wozu außer dem Aufwande für Druck, Papier, Zeichnungen, Stiche ꝛc. — — auch das im § 4 bezeichnete Honorar zu zählen ist) aus dem Unternehmen sich ergibt, wird zwischen Verfasser und Beleger gleichmäßig getheilt."

Hier findet sich keine Andeutung davon, daß der Kläger in vorgedachter Weise für den Fall eines Verlustes obligirt sein solle. Dagegen wird der aus dem Wortlaute sich ergebende vorhin bezeichnete Sinn dadurch bestärkt, daß der Kläger in Betreff des Honorars den sonstigen Personen, welche Lieferungen für die Herausgabe des Werkes zu machen hatten (für Druck, Papier, Zeichnungen, Stiche ꝛc.) gleichgestellt, und daß im Schlußsatze hinzugefügt worden ist:

> „nach Ablauf der Jubilate-Messe 1844 solle dem Verfasser von der Verlagshandlung Rechnung (über den Reinertrag) gestellt und der ihm zukommende Gewinn-Antheil entrichtet werden."

Auch hier wird von einer Rechnungsstellung und Auskehrung nur in Beziehung auf einen sich ergebenden „Gewinnantheil" geredet, ohne der Mittragung eines etwaigen Verlustes zu gedenken.

Wenn hiegegen der Beklagte auf den Ausdruck „gemeinschaftliches Unternehmen" in § 1 hinweiset, so kann hierauf kein Gewicht

gelegt werden. Denn, wie das Stadtgericht in ſeinen Entſcheidungsgründen richtig bemerkt hat, Gemeinſchaftlichkeit kann in mannigfacher Geſtalt vorkommen, und es hängt von den näheren Beſtimmungen des betreffenden Geſchäftes ab, in welcher Art daſſelbe eine Gemeinſchaftlichkeit begründe. Im vorliegenden Fall iſt auf das Unternehmen, auch wie der Kläger daſſelbe auffaßt, die Bezeichnung gemeinſchaftlich ſehr wohl anwendbar. Denn beide Theile ſollten zum Zuſtandekommen deſſelben mitwirken und der Kläger außerdem an dem gehofften Reinertrage participiren.

Wenn der Beklagte

4) die Behauptung aufſtellt, daß der Vertrag kein definitiv bindender geweſen, ſondern von einer neuen Vereinbarung oder doch davon abhängig gemacht worden ſei, daß die Subſcriptionsſammlung die Koſten decken würde, ſo findet ſich hierfür keine poſitive Beſtimmung im Vertrage, während es doch der Feſtſtellung einer ſolchen bei dem übrigen Inhalte des Contractes bedurft haben würde. Dagegen führen auf die Annahme des Gegentheiles hin, daß in der Einleitung zum Contracte die „Ausführung des Unternehmens“ als der Zweck der Vereinbarung bezeichnet war, daß nach § 2 „ſofort“ mit der Ausgabe des Proſpectus und der Subſcribentenſammlung begonnen werden ſollte, und daß die Abrechnung über den dem Kläger außer dem Honorar zukommenden Gewinnantheil ohne Weiteres auf einen beſtimmten Zeitpunkt (Jubilate-Meſſe 1844) zugeſagt wurde. — Abgeſehen hiervon würde das Unbeſtimmtlaſſen der Herausgabe des Werkes einer billigen Auffaſſung des Verhältniſſes inſofern widerſprochen haben, als der Kläger durch den Contract in die Lage gebracht worden wäre, das Werk ausarbeiten zu müſſen, ohne eine Sicherheit zu beſitzen, daß ihm eine Vergütung für ſeine Mühewaltung zu Theil werden würde.

Die von dem Beklagten beigebrachten gutachtlichen Erklärungen verſchiedener Buchhändler können auf die im Vorſtehenden dargelegte Argumentation keinen abändernden Einfluß ausüben. Zunächſt aus formellen Gründen, weil ſie als ächt unbeſcheinigte und überdieß unbeeidigte Erklärungen von Privatperſonen ſind. Allein auch wegen ihres Inhaltes, da ſie nicht etwa Aufſchlüſſe über beſondere und nicht allgemein bekannte Gegenſtände des buchhändleriſchen

Verkehrs geben, ſondern ſich auf der Grundlage der allgemeinen rechtlichen Beurtheilung des in Rede ſtehenden Contractes bewegen.

Anlangend die beigebrachte Correſpondenz, ſo könnten, abgeſehen von etwaigen ſpäteren Zugeſtändniſſen des Klägers, welche indeſſen nicht vorliegen, für die Auslegung des Contractes nur die demſelben vorangegangenen brieflichen Erklärungen der Parteien von Erheblichkeit ſein. Entſcheidenden Einfluß können übrigens auch ſie aus dem Grunde nicht haben, weil, wie aus dem klägeriſchen Schreiben vom 18. April 1843 erhellet, die dem Abſchluſſe des Contractes vorangegangene Unterhandlung mündlich gepflogen worden iſt. Nun geht aus den hier in Betracht gezogenen Schreiben freilich hervor, daß diejenige Conſtruction des Contractes, in welcher derſelbe nach dem Obigen vorliegt, früher von keiner Seite in Vorſchlag gebracht worden iſt, indem nur entweder von Herausgabe des Werkes auf gemeinſchaftliche Rechnung, oder von einem dem Kläger, unter Ausſchluß jeder ferneren Betheiligung, zu zahlenden feſten Honorars geredet worden; allein dieß führt doch nicht darauf hin, daß nun gegen den Wortlaut des Contractes der beklagtiſchen Auffaſſung beizupflichten wäre. Und zwar um ſo weniger, als aus der Correſpondenz erhellet, daß es ein Mitinhaber der beklagtiſchen Firma, Winter, geweſen iſt, welcher den Contract ſowohl urſprünglich entworfen, als ſpäter umgearbeitet hat. Dagegen iſt aus der beſtimmten Behauptung des Beklagten, daß der Kläger bei ſeinem Berufen auf den Wortlaut des Contractes gegen den Sinn des Verabredeten und gegen ein hierüber vorhanden geweſenes klares Einverſtändniß der Parteien verſtoße, in Verbindung mit jenen, wie bemerkt, von anderen Grundlagen des Contractes redenden Correſpondenzſtücken ſoviel abzuleiten, daß dem Beklagten der Beweis in Betreff jenes Einverſtändniſſes zu verſtatten iſt. — Dieſer Beweis allein genügt indeſſen zur Zurückweiſung der Klage nicht; denn außerdem würde nur dann das Recht des Klägers auf die klagend geltend gemachte Honorarforderung ganz oder theilweiſe als aufgehoben angeſehen werden können, wenn ſich ein Verluſt bei der Herausgabe des in Rede ſtehenden Werkes und zwar eventualiter bis zum Belaufe von zweimal fl. 396 — als des fraglichen Honorars — ergeben haben

ſollte. — Demgemäß mußte der dem Beklagten — außer dem bereits rechtskräftig normirten thema probandum — nachzulaſſende Beweis ſo, wie im Urtheile geſchehen, beſtimmt werden.

Es kam dann darauf an, ob dem Beklagten noch andere Beweiſe — und zwar die in der Sent. a qua normirten — oder einige derſelben — nachzulaſſen ſeien. Dieß war zu verneinen.

Von den vier Beweisſätzen der Sent. a qua kommt es auf den vierten (sub. e) hier nicht an, weil er identiſch iſt mit dem dem Beklagten bereits rechtskräftig in erſter Inſtanz nachgelaſſenen Beweiſe.

Von den drei anderen fällt der erſte (sub a):

„daß das Werk in Folge einer dem Vertrage nachfolgenden Verabredung erſchienen ſei,“

ebenfalls wegen Identität mit dem vorbemerkten Beweisſatze, deſſen Inhalt er kürzer wiedergibt, zuſammen. Denn außer jener in erſter Inſtanz zum Beweiſe verſtellten Verabredung iſt eine andere vom Beklagten nicht behauptet worden.

Der zweite Beweisſatz (sub c):

„daß der Kläger ſich damit einverſtanden erklärt habe, daß ihm nach dem Stande des Unternehmens kein Anſpruch auf Honorar zuſtehe,“

kann nur auf Grundlage entweder der Annahme eines neu zwiſchen den Parteien geſchloſſenen Geſchäftes, oder eines Verzichtes gerechtfertigt erſcheinen. Ein neu geſchloſſenes Geſchäft iſt aber nur inſofern von dem Beklagten behauptet worden, als ſolches demſelben ſchon in erſter Inſtanz zum Beweiſe verſtellt worden iſt. Und die Einrede des Verzichtes hat der Beklagte überhaupt nicht vorgeſchützt. Zwar behauptet derſelbe, die dem Beweisſatze zum Grunde liegende Behauptung finde ſich in den Einreden, in der Duplik und Quadruplik. Allein er iſt die nähere Nachweiſung hiervon ſchuldig geblieben; überdieß würde es nur auf den Inhalt der Einredeſchrift ankommen können, in welcher ſich jene Einrede als ſolche nicht erwähnt, vollends nicht ſubſtantiirt findet.

Was endlich den dritten, allein noch in Betracht zu ziehenden Beweisſatz (sub d):

„daß das Werk nur auf gemeinſchaftliche Rechnung erſchienen ſei, ſo daß jeder Theil den Verluſt zur Hälfte zu tragen habe,“

anlangt, ſo iſt dem Beklagten bei dieſem Punkte durch das Erkenntniß gegenwärtiger Inſtanz inſoweit entgegen gekommen, daß ihm der Beweis des zwiſchen den Parteien im Sinne der hier in Betracht gezogenen Behauptung vorhandenen Einverſtändniſſes nachgelaſſen worden iſt.

War in der angegebenen Weiſe reformatoriſch zu ſprechen, ſo mußte in Betreff der Koſten, wie im Urtheile geſchehen, erkannt werden.

55.

Commercial-Bank zu London, Impetrantin gegen **Anton M. Kulp**, Impetraten, wegen Realarreſtes.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 13. November 1854.

— — — — — — — — — — — —

2) ſteht in Ermangelung der im Art. 53 der proviſoriſchen Prozeßordnung verlangten Erforderniſſe dem Arreſtgeſuch nicht zu entſprechen.

— — — — — — — — — — — —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 29. November 1854.

In Erwägung

1) daß Herr Dr. . . . als Bevollmächtigter der Appellantin die Forderung an den Appellaten als Theilhaber der in London beſtandenen Handlung Halle & Kulp, durch die producirten Wechſel, deren Unterſchrift Beklagter als richtig anerkannt, hinlänglich zur Erlangung eines Arreſtes beſcheinigt hat, auch in ſeiner Klagſchrift für die fremde Klägerin der Prozeßkoſten halber und der etwa entſtehenden Schäden, unter Entſagung auf die Einrede der Vorausklage, Sicherheit leiſtet, welche hiermit auf fl. 2000 beſtimmt wird;

2) daß zwar in der Regel nach Art. 53 der Prozeßordnung die Güter hieſiger Bürger ꝛc. und Ortsbürger, mithin aller Staatsangehörigen, nur unter gewiſſen Vorausſetzungen, mit Verbot belegt werden können;

3) daß jedoch der hieſige Bürgersſohn Anton M. Kulp, nach Ausweis der Acten, ſich in London der Verfolgung ſeiner Gläubiger durch die Flucht entzogen hat, und ſich dermalen zwar

dahier, in seiner Heimath, aufhält, jedoch unverkennbar dahier auf der Flucht vor seinen Gläubigern sich befindet und bei dem Umstand, daß ihm, wie er in seiner Vernehmlassung nicht läugnet, dahier ein Vermögen erblich zugefallen ist, dem dringenden Verdacht unterliegt, daß er sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger verbringen wolle,

wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Decrets vom 13. November l. J. der nachgesuchte Realarrest auf das angeblich in den Händen des hiesigen Bürgers und Handelsmannes Juda Marx Kulp befindliche Vermögen des Beklagten bis zum Belauf von fl. 13,000 auf Gefahr und Kosten des Impetranten erkannt und dem Stadtgericht der Vollzug aufgetragen.

Auf Appellation des Impetraten wurde das angefochtene Erkenntniß des Appellationsgerichts durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 21. Mai 1855 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Anlangend die Nichtigkeitsbeschwerde, so ist

1) die für deren Einführung und Rechtfertigung in § 164 der Ober-Appellationsgerichtsordnung vorgeschriebene Frist innegehalten, da das Appellationsgerichtserkenntniß vom 29. November vorigen Jahres am 2. December dessen Jahres laut [39] der Stadtgerichts-Acten nach Existenz und Inhalt zur Kunde des Beklagten gelangte und die Nichtigkeitsbeschwerde am 27. Januar dessen Jahres allhier übergeben ward. Dagegen mußte

2) deren Inhalt für unbegründet erachtet werden. Denn

a) der Umstand, daß Beklagter am 27. November v. J. vor dem Appellationsgerichte nicht gehört ward, entspricht einem constanten dasigen Gerichtsgebrauch, nach welchem früher, ohne Anberaumung des gemeinrechtlichen Rechtfertigungstermins, sofort auf einseitiges Gehör und erfolgte Bescheinigung Arreste vom Stadtgericht abgeschlagen oder erkannt und von dem Appellationsgerichte diese Bescheide bestätigt oder abgeändert wurden, ohne daß in

Anſehung des Verfahrens ein Unterſchied zwiſchen Bürgern, Einheimiſchen und Fremden Statt gefunden hätte, auch iſt hierin durch das Geſetz vom 7. November 1848, welches im § 39 mündliche Verhandlung einer Partei ausdrücklich geſtattet, in Anſehung des einſeitigen Gehörs nichts verändert, ſondern nur eine ſofortige mündliche Vernehmung den ſchriftlichen Anträgen hinzugefügt. Jener Gerichtsgebrauch iſt in vielen Fällen zur Kunde des Ober-Appellationsgerichts gelangt, und an deſſen Rechtsbeſtand um ſo weniger zu zweifeln, als es dem Beklagten im Fall eines von dem Stadtgericht erkannten Arreſtes geſtattet iſt, dagegen entweder beim Stadtgericht zu remonſtriren oder ſich an das Appellationsgericht mittelſt Rechtsmittels zu wenden,

Berolzheimer ca. du Fay & Comp., Januar 1840, *)
Gontard & Sohn ca. Ehlermann cur. bon., December 1840, **)

im Fall eines vom Stadtgerichte abgeſchlagenen, von dem Appellationsgerichte einſeitig erkannten Arreſtes aber dem Beklagten unbenommen iſt, ſeine Einwendungen im Laufe des ferneren Verfahrens beim Stadtgerichte geltend zu machen, oder auf dem Wege der Appellation allhier zu verfolgen,

Adminiſtration des Landgrafen von Heſſen ca. Baruch, Juli 1844. ***)

Auch enthält

b) der Umſtand, daß das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 29. November dem Beklagten nicht inſinuirt worden iſt, wenigſtens keine unheilbare Nichtigkeit. Vielmehr iſt es ganz in der Ordnung, daß ein auf einſeitiges Gehör ergangenes Arreſturtheil zunächſt nur dem Stadtgericht und dem Extrahenten zugeht, indem bei einem anderen Verfahren, da die Vollſtreckung des Arreſtes vom Stadtgerichte decretirt wird, und der Kläger ſich an ſolches erſt mittelſt Geſuchs zu wenden hat, durch die frühere Kenntniß des Gegners

---

*) Siehe Seite 142.
**) Siehe Seite 142.
***) Siehe Seite 143.

von Dem, was ihm bevorſtehe, nur zu häufig der ganze Erfolg der Verfügung vereitelt werden dürfte.

Auch iſt der Beklagte von Erlaß und Inhalt des gedachten Erkenntniſſes durch das in Beihalt der Eingabe der Klägerin vom 30. November völlig klare Decret des Stadtgerichts vom 2. December genügend und dergeſtalt in Kenntniß geſetzt, daß, wenn es ihm darum zu thun war, die Gründe zum Appellationsgerichts-Erkenntniſſe zu erfahren, ein ſofortiger Antrag beim Stadt- oder Appellationsgericht ihn Zwecks weiterer Verfolgung ſeiner Rechte zeitig zum Ziel geführt haben würde, von einer unheilbaren Nichtigkeit mithin keinesfalls geredet werden kann.

Anlangend ſodann das Rechtsmittel der Appellation, ſo hat

A. die Klägerin auf deſſen Deſertion um deßwillen angetragen, weil die am 16. Januar dieſes Jahrs erfolgte Einwendung verſpätet ſei. Nun läßt ſich freilich, wie ſo eben hervorgehoben iſt, nicht in Abrede ſtellen, daß der Beklagte durch die Eingabe der Klägerin vom 30. November vorigen Jahrs in Verbindung mit dem auf ſolche erfolgten Stadtgerichtsbeſcheid vom 2. December deſſelben Jahrs von dem weſentlichen Inhalt der Entſcheidung des Appellationsgerichts vom 29. November ausreichende Kunde erhalten hat. Nicht minder hat das Ober-Appellationsgericht früher und namentlich auch in Frankfurter Sachen den Rechtsſatz befolgt, daß im Fall fehlender oder ungenügender Eröffnung oder Behändigung von der Rechtskraft fähigen Beſcheiden, die Friſten der wider ſolche einzuwendenden Rechtsmittel mit dem Moment, wo die betreffende Partei ausreichende Kunde von dem weſentlichen Inhalte jener Beſcheide erhalten habe, zu laufen anfingen, wie ſolches in den Gründen zu den Erkenntniſſen in Sachen:

Laubinger ca. Schnabel vom 29. November 1834, *)
und
Brückner ca. Wendel und Dr. Zeitmann vom 22. Mai 1835 **)

---

*) Siehe Seite 144.
**) Siehe Seite 145.

des Weiteren angeführt ist. Es mußte jedoch in dem vorliegenden Falle hiervon gegenwärtig abgestanden werden, da die neueste Frankfurter Gesetzgebung

Verordnung vom 7. November 1848. § 29.

den Satz enthält, daß der Lauf der Fatalien nicht mit Eröffnung, sondern erst mit Behändigung der Urtheile beginne, und hierdurch anerkannt hat, daß eine zufällige, wenn auch noch so genaue Kunde von dem Inhalte eines Erkenntnisses für die vorliegende Frage bedeutungslos sei, vielmehr der formelle Standpunkt fehlerfreier Behändigung der betreffenden Verfügung allein entscheide. Eine solche läßt sich erst in der Mittheilung der Abschrift des Appellationsgerichtsurtheils vom 29. November 1854 finden, welche nach [6] der Appellationsgerichts-Acten I. am 12. Januar dieses Jahrs Statt gefunden hat, und daraus ergibt sich, daß die am 16. dieses Monats erfolgte Einwendung als zeitig anzusehen war. Es mußte jedoch

B. die Beschwerde des Beklagten über den vom Appellationsgericht verhängten Arrest und dessen Antrag auf Herstellung des Stadtgerichtsbescheides vom 13. November vorigen Jahrs verworfen werden. Es ist nämlich

1) das Vorhandensein einer Forderung der Klägerin an den Beklagten durch dessen in dem Güterabtretungsgesuch vom 28. September vorigen Jahrs sammt Bilanz Seite 4 in einer für die Erkennung eines Arrestes ausreichenden Weise bescheinigt. Geht man jedoch, wie geschehen muß, von der Ansicht aus, nicht die Bescheinigung einer Forderung an sich, sondern die der gegenwärtigen, im Wechselprozesse geltend gemachten Forderung werde verlangt, so liegt auch diese vor, da die von dem Beklagten in dem Hauptverfahren gegen die Zulässigkeit der Wechselklage erhobenen Einwendungen, insoweit sie in dem Arrestverfahren abermals geltend gemacht worden sind, unbeschadet des Erkenntnisses in der Hauptsache, der für das Arrestverfahren erforderlichen Begründung ermangle. Denn

a) der Einwand, es fehle der Klägerin die Befugniß, sich wechselmäßig zu verbinden, erscheint zwar weder durch die Bezugnahme auf das Ober-Appellationsgerichts-Decret vom 14. Februar

dieſes Jahrs, welches hierüber Nichts entſchieden hat, noch durch Art. 81 der proviſoriſchen Prozeßordnung, welche nur über die aus dem Beſitze der Wechſeldocumente für die Bevollmächtigung abzuleitende Vermuthung handelt, noch dadurch beſeitigt, daß Klägerin eine anonyme Geſellſchaft ſei. Es handelt ſich vielmehr darum, ob ihr als ſolcher nach engliſchem Recht die Befugniß zu der in Rede ſtehenden Wechſeloperation zukomme. Dieſes erſcheint aber, abgeſehen von der Frage, ob der aus

l. Anne c. 22 sq.

entnommene Einwand im vorliegenden Fall überhaupt zutreffe,

Chitty and *Hume*, on bills of exchange etc. Nineth edit. 1840. p. 16. 17.

durch die von dem Beklagten in ſeinem Güterabtretungsgeſuch ausgeſprochene Anerkennung der Klägerin als ſeiner Contrahentin zur Zeit ſo ausreichend beſcheinigt, daß es von Seiten des Beklagten für ſeine Behauptung einer Gegenbeſcheinigung bedurft haben würde, wenn der Einwand gegenwärtig hätte Berückſichtigung finden ſollen. Auch iſt

b) der Mangel eines förmlichen Proteſtes bei ſämmtlichen Wechſeln, mit Ausnahme des vom 28. Februar vorigen Jahrs, nicht geeignet, die Wechſelforderung ſofort, inſoweit es an Proteſten fehlt, zu verwerfen. Die Frage, ob hier Art. 41 oder Art. 86 der allgemeinen Wechſelordnung zur Anwendung komme, iſt im Hauptverfahren endlich zu entſcheiden. Wenn Art. 86, ſo wird, da ſämmtliche Wechſel engliſche Inlandswechſel ſind, auch die Ächtheit der auf ſolchen Statt gehabten Notirungen mit Grund nicht in Zweifel gezogen werden kann, es unbedenklich ſein, dieſe gehörig notirten Wechſel, nach engliſcher Praxis, für welche es hier genügen wird, auf

Chitty and *Hume* a. a. O. S. 465. 466.

Bezug zu nehmen für geeignet halten, um auf deren Grund Kapital, Zinſen, Schäden und Koſten einzuklagen, weßhalb dieſe Wechſel, als zur Arreſterkennung genügend erachtet werden mußten.

c) Die Behauptung des Beklagten, Klägerin habe unterlaſſen, ihn von den nicht erfolgten Zahlungen der Wechſel ſofort in Kenntniß zu ſetzen, iſt theils durch das im Güterabtretungsgeſuch

nebſt Bilanz enthaltene Anerkenntniß der Kunde von der Nichtbezahlung, theils dadurch beſeitigt, daß der Beklagte zugeſtanden hat, der eine Theilhaber der zu London etablirten Handlung Halle & Kulp ſei davon gegangen, ohne Nachricht von ſeinem Aufenthalte zu geben, und nicht minder, daß er ſelbſt London verlaſſen habe, ohne daß er zu behaupten vermocht hätte, ſeine Gläubigerin davon in Kenntniß geſetzt zu haben, wohin er ſich begebe. Denn die in dem Güterabtretungsgeſuch gemachte Angabe, daß er Vollmacht in London bei dem Advocaten Henderſon hinterlaſſen habe, kommt hiergegen nicht in Betracht, da nicht bemerkt iſt, daß er von dieſer Bevollmächtigung ſeine Gläubigerin benachrichtigt habe.

Anlangend ſodann

2) das Vorhandenſein eines ausreichenden Arreſtgrundes, ſo wird es vor Allem darauf ankommen zu entſcheiden, ob ein ſolcher in den von dem Beklagten ſelbſt als Frankfurter Bürgersſohn für ſich in Anſpruch genommenen Art. 53 der proviſoriſchen Prozeßordnung, in deſſen Worten nur der Bürger, nicht der Bürgersſöhne gedacht iſt, zu finden ſei, indem für den Bejahungsfall weder die Frage, ob gedachter Artikel in einem Falle vorliegender Art auf Bürgersſöhne Anwendung finde, noch eventuell die, ob die Vorausſetzungen eines anderen Artikels hier zutreffend ſeien, einer Entſcheidung bedarf.

Nun mußte aber angenommen werden, daß der Beklagte, welcher ſich nach obigen Ausführungen von London, ohne Benachrichtigung ſeiner Gläubigerin, wohin er gehe, und ohne ihr die Mittel zu ihrer Befriedigung zu hinterlaſſen, ebenſo wie früher ſein Geſellſchafter entfernt hat, vor ſeiner Gläubigerin geflohen und von ſolcher in Frankfurt eingeholt worden ſei. Es liegen alſo die Vorausſetzungen des Art. 53. Nr. 1 hier vor, da ſolcher nicht davon ſpricht, daß die Flucht von Frankfurt aus bewerkſtelligt ſein müſſe, ſondern allgemein lautet, auch der Umſtand, daß Frankfurt, wo der Beklagte eingeholt ward, deſſen Vaterſtadt iſt, die Anwendung des Artikels nicht auszuſchließen vermag. Hiernach kommt es auch auf die Fragen, ob die Fälle des Art. 53. Nr. 2 und 3 hier als vorhanden anzuſehen ſeien und aus ihnen die Erkennung des Arreſtes ſich begründen laſſe, nicht weiter an.

Schließlich konnte der Arreſt auch nicht auf Grund der in gegenwärtiger Inſtanz beigebrachten Beſcheinigung über einen dem Beklagten angefallenen Immobiliarbeſitz aufgehoben werden, da es in der Beſcheinigung an einer Angabe ſeines Werthes fehlt, ſich mithin nicht beurtheilen ließ, ob er als ausreichende Caution für die Relaxation des Arreſtes anzuſehen ſei. Es bleibt jedoch dem Beklagten unbenommen, deßfallſige Anträge, in ſo weit er ſich getraut, mit ſolchen durchzukommen, bei dem Stadtgerichte anzubringen.

Auszüge aus den auf Seite 137 und 138 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. Berolzheimer ca. du Fay & Comp. 1840.

Wenn aber der Beklagte

I. zunächſt die formelle Statthaftigkeit des gewählten Arreſtverfahrens zu beſtreiten ſuchte, ſo kann freilich nicht behauptet werden, daß ſeine Appellation in dieſer Beziehung darum bereits verſpätet ſei, weil ihm dieſelbe nach dem Art. 62 der proviſoriſchen Prozeßordnung ſchon gegen das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 18. April 1838, wodurch der proviſoriſch von der Gerichts-Commiſſion verfügte Arreſt beſtätigt wurde, freigeſtanden hätte: denn bei Beſchwerden, die durch ein auf einſeitigen Antrag einer Partei ergangenes Decret des Unterrichters zugefügt worden, muß dem Gegner die Wahl zwiſchen der Appellation und der Remonſtration, welche in dem vorliegenden Fall nicht unterblieben iſt, geſtattet bleiben.

b. Gontard & Sohn ca. Ehlermann cur. bon. 1840.

4) Suchen die Appellanten unter Beziehung auf Art. 62 der Frankfurter Prozeßordnung auszuführen, das den Arreſt erkennende Decret vom 9. April 1838 ſei rechtskräftig geworden, weil der Gegner dawider nicht appellirt habe. Dagegen iſt aber entſcheidend, theils, daß jenes Decret, ohne den Gegner vorher gehört zu haben, erlaſſen wurde, mithin gegen ihn nicht rechtskräftig werden konnte, theils, daß der Art. 62 nur von der Frage ſpricht, inwiefern in

Arreſtſachen die Appellation bloß devolutive oder zugleich ſuspenſive Wirkung haben ſolle, und daß namentlich gegen einen in pleno des Stadtgerichts erkannten Arreſt nur mit devolutiver Wirkung appellirt werden dürfe, woraus wohl allenfalls folgt, daß gegen ein ſolches Erkenntniß geradezu appellirt werden kann, nicht aber, daß die Appellation nothwendig als einziges Vertheidigungsmittel zuläſſig, und der Impetrat nicht befugt ſei, die Einrede des unſtatthaften Arreſtes als Einrede in der nach Erkennung des Arreſtes beim Stadtgericht eintretenden Verhandlung geltend zu machen.

c. Adminiſtration des Nachlaſſes des Landgrafen von Heſſen ca. Baruch 1844.

In der vorliegenden Sache trägt die Appellantin

I. mittelſt ihrer Principalbeſchwerde auf die Wiederaufhebung des durch das Decret des Appellationsgerichts vom 28. Juni 1843 erkannten Arreſtes an.

Gegen die Zuläſſigkeit einer ſolchen Appellation, theils überhaupt, theils insbeſondere, inſoweit die letztere auf nova gegründet wird, dürften nun freilich nach den Grundſätzen des gemeinen Prozeßrechts erhebliche Zweifel obwalten, da es der Appellantin — ohne daß es hierzu eines Vorbehalts bedurfte — freigeſtanden hätte, in dem jetzt bei dem Stadtgerichte eingeleiteten ferneren Verfahren auch ihre Einwendungen gegen die Rechtsbeſtändigkeit des Arreſtes als exceptio fori mit vorzubringen, woran ſie durch jenes Decret, welches auf den einſeitigen Antrag des Appellaten und ohne alle Zuziehung der Appellantin ergangen, nicht hätte gehindert werden können, und da ſie durch die beigebrachten nova nach dem

§ 132 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht

in keinem Falle ein Mehreres erwirken konnte, als eine Zurückverweiſung derſelben an die erſte Inſtanz zum anderweitigen Erkenntniſſe. Indeſſen nach dem

Art. 62 der Frankfurter proviſoriſchen Gerichtsordnung

verbunden mit Art. 42 und 43, muß eine Appellation gegen eine

einſeitig erkannte Arreſtanlage allerdings für zuläſſig erachtet und angenommen werden, daß es nach dem Frankfurter Prozeßrechte in die Wahl des Impetraten geſtellt ſei, die Frage von der Rechtsbeſtändigkeit des Arreſtes entweder in dem Wege der Einredeverhandlung in erſter Inſtanz, oder in dem Wege der Appellation zur Entſcheidung zu bringen. Iſt aber in dem gedachten Falle eine Appellation überhaupt zuläſſig, ſo müſſen dann auch bei derſelben die bei dieſem Rechtsmittel geltenden allgemeinen Grundſätze von dem beneficium novorum zur Anwendung kommen, woraus für die gegenwärtige Sache folgt, daß die Appellantin, da ſie in beiden vorigen Inſtanzen noch nicht gehört iſt, alſo nicht im Stande war, irgend etwas vorzubringen, nach dem

§ 130 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht in der jetzigen Inſtanz mit allen novis zugelaſſen werden muß. — — —

d. Laubinger ca. Schnabel 1834.

Die Frage:

„ob der Appellant, der bei Einlegung eines Rechtsmittels am 19. Juni d. J. zugleich nachgeſuchten Reſtitution gegen den Ablauf der zehntägigen Nothfriſt bedurfte,“

hängt nach § 4 der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788,

Beyerbach, Th. VIII. Seite 1505.

zunächſt von dem Umſtande ab, ob das von der Rechtsfacultät Tübingen eingeholte Erkenntniß am 6. Juni d J. dem Beklagten oder ſeinem bevollmächtigten Anwalte eröffnet oder inſinuirt worden iſt.

Dieſe Thatſache muß aber nach dem klaren Inhalt der Acten verneint werden. Die Inſinuation des Erkenntniſſes vom 4. Juni d. J. geſchah nämlich am 6ten deſſelben nicht an den Beklagten, ſondern an Dr. Tabor, und dieſer war von dem Beklagten überall nicht mit Vollmacht verſehen, ſondern nur als Sachführer deſſelben in der Sache thätig geweſen. Es lag ſonach ein offenbares Verſehen der Kanzlei vor, und muß angenommen werden, daß von dem Beklagten am 19. Juni d. J. noch zeitig genug unter Vorbehalt der Wahl ein Rechtsmittel eingelegt worden iſt.

Nun könnte freilich noch das Bedenken entstehen, ob nicht in dem Falle — wenn der Beklagte, ungeachtet des vorgefallenen Versehens bei der Insinuation noch vor dem 9. Juni dieses Jahres genaue Kenntniß von dem Inhalte des fraglichen Urtheils erhalten hätte — die zehntägige Nothfrist für versäumt zu halten wäre,

l. 1. § 15. D. quando appelland. (49. 4.)
l. 3. C. quomodo et quando judex (7. 43.),
cap. 8. in 6to de appellat.
Mevii decis. P. 7. dec. 269.

bei welcher Annahme es sich dann noch weiter fragen würde, ob die Ansicht der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788 § 4 gewesen sei, jene gemeinrechtliche Bestimmung aufzuheben. Diese Frage kann aber in dem vorliegenden Falle füglich dahin gestellt bleiben, weil es einestheils an jeder Behauptung des Appellaten fehlt, daß der Beklagte schon vor dem 9. Juni dieses Jahres Kenntniß von dem Inhalte des Urtheils erhalten habe, und weil anderentheils zwar die vage und oberflächliche Art, wie sich der Appellant und sein Sachführer darüber geäußert, wann sie von dem Inhalte des Urtheils Kenntniß erhalten haben, einigen Verdacht erregt, dieser jedoch nicht so dringend erscheint, um den Beklagten von richterlichen Amtswegen zu einem Reinigungseide anzuhalten.

Demzufolge waren also die Formalien der Appellation für gewahrt anzunehmen, und dem Appellaten nunmehr die Vernehmlassung in der Hauptsache aufzulegen.

e. Brückner ca. Wendel und Dr. Beitmann 1835.

Es kommt also gegen ihn die Vorschrift der

L. 3. C. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat

zur Anwendung, daß in dem Fall, wenn ein Erkenntniß ohne gehörige Ladung derjenigen Partei, gegen welche solches ergangen, publicirt worden ist, diese aber nachher von dessen Inhalte Kenntniß erhält, sie nun sofort die geeigneten Rechtsmittel dawider ergreifen muß, und ein längeres Stillschweigen derselben als eine Unterwerfung unter das Urtheil angesehen wird, welche Vorschrift da,

wo, wie in Frankfurt nach dem heutigen Verfahren ſtatt der Publication der Erkenntniſſe eine Inſinuation ſtattfindet, ebenſo in dem eintreten muß, wenn zwar eine Inſinuation, aber nicht auf gehörige Weiſe geſchehen iſt. Daß nämlich in der angeführten Geſetzſtelle nicht etwa eine vorgängige gehörige Ladung der abweſenden Partei vorausgeſetzt, vielmehr gerade von dem Falle des Mangels einer ſolchen Ladung, mithin eines an ſich nichtigen Erkenntniſſes geredet wird,

Cujacius, in Commentar. in Codicem ad lib. cit. (in operib. ed. Fabroti tom. 9. p. 1101 i. f.)

geht deutlich aus der Faſſung derſelben hervor, nämlich aus den Worten:

„vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis — prolatum."

conf. L. 1. § 3. D. quae sentent. sine appelat. rescindantur. —

und aus den Worten:

„ita enim *firmitatem* sententia, quae ita prolata est, *non habebit,*"

wodurch im römiſchen Rechte die Nullität eines Erkenntniſſes bezeichnet wird.

L. 7. C. eod. tit.

L. 5. C. quando provoc. non est necess.

L. 4. C. in quibus causis in integr. restit.

L. 2. C. si a non competente judice.

Auch findet ſich die Anſicht, daß bei einer Publication ohne gehörige Ladung die Nothfriſten der Rechtsmittel von der Zeit der erlangten genauen Wiſſenſchaft laufen, bei angeſehenen, namentlich praktiſchen Schriftſtellern als ein ausgemachter Satz aufgeſtellt,

Mevii decision. pars. 2. dec. 270 pars. 7. dec. 279.

Danz, Grundſätze der ordentl. Proz. § 421. (Ausgabe von Gönner.)

Hofacker, princ. jur. civ. tom. III. § 4562 not.

Schmelzer, Contumacialproz. der Reichsgerichte S. 393.

und hiermit ſtimmt die, ganz allgemein gefaßte, Vorſchrift der Frankfurter Reformation

l. 42. 6.

überein. Da nun alſo in der Ordnung des Ober-Appellationsgerichts § 164, für die Nichtigkeitsbeſchwerde eine achtwöchige Nothfriſt verordnet iſt, ſo läuft dieſelbe in dem Falle einer zwar geſchehenen, aber nicht gehörigen Publication oder Inſinuation von der Zeit der Wiſſenſchaft des Erkenntniſſes; und durch die, nur als Regel zu betrachtende Beſtimmung dieſes Paragraphen, daß die gedachte Friſt vom Tage der Publication oder Inſinuation des beſchwerenden Erkenntniſſes zu rechnen, iſt jener Grundſatz des gemeinen Rechts um ſo weniger für aufgehoben zu achten, da nicht einmal dabei geſagt iſt, daß die Publication oder Inſinuation gerade an den Querulanten geſchehen ſein müſſe, und da in dem zweiten Satze des § 164 die Wiſſenſchaft ebenfalls als Anfangstermin für den Lauf der Nothfriſt vorkommt.

56.

L. A. Hahn dahier, Kläger und Widerbeklagter, wider **Nachmann und Sohn** in Mainz, Beklagte und Widerkläger, wegen Forderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. Mai 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

Nach den Acten steht es fest, daß Appellanten im Mai 1853 dem Appellaten elf Stück österreichische Banknoten im Nominalwerthe von 2000 fl. übersandt haben, mit dem Auftrage, solche, sobald der Cours von 112½ pCt. dafür zu erzielen sei, zu begeben, daß Appellat bis zum November desselben Jahres von einer durch ihn erfolgten Begebung keine Mittheilung gemacht und Appellanten nunmehr die Zurücklieferung der übersandten Banknoten verlangt haben, daß Appellat hierauf zwar den erhaltenen Betrag in österreichischen Banknoten gleicher Zahl und Größe offerirt hat, zur Zurückgabe derselben Stücke, die ihm übersandt worden, aber nicht im Stande gewesen ist, und daß Appellanten die Annahme der offerirten Banknoten abgelehnt haben und an deren Stelle jetzt im Wege der Compensationseinrede, beziehungsweise Widerklage, eine Forderung auf Zahlung von 2250 fl. erhoben. Diese Forderung gründen sie, Inhalts der Exceptionshandlung, darauf, daß sie, weil Appellat pflichtwidrig seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit nicht nachgekommen, zur Geltendmachung des vollen Interesse berechtigt seien, und dieses in der Berechnung der überschickten Banknoten zu dem gesetzten Limitum von 112½ pCt. bestehe. — Wenn und soweit hier

1. die Pflichtwidrigkeit des Appellaten darin gesetzt wird, daß derselbe schuldvoller Weise sich außer Stand gesetzt habe, diejenigen

Banknoten, die ihm überſandt worden, zurückzugeben, ſo fragt es ſich zunächſt

A. ob überhaupt Appellat zur Zurücklieferung gerade derjenigen Banknoten-Individuen, die er erhalten, verpflichtet war.

Daß öſterreichiſche Banknoten, wenn nicht zum Papiergelde, denn doch zu den auf den Inhaber lautenden Staatspapieren, alſo jedenfalls zu den vertretbaren Sachen zu rechnen ſind, iſt nicht zu bezweifeln und wird auch von den Appellanten nicht in Frage geſtellt.

Aus dieſer ihrer Natur folgt, daß einer Reſtitutionspflicht, die ſolche Banknoten zum Gegenſtande hat, der Regel nach durch Hingabe einer gleichen Zahl von gleicher Größe genügt werden kann. Es fragt ſich daher nur, ob im vorliegenden Falle beſondere Gründe vorhanden waren, welche ausnahmsweiſe zur Zurücklieferung der erhaltenen Stücke *in specie* verpflichteten. Einen ſolchen Grund glauben Appellanten

1) in der eigenthümlichen Natur des zwiſchen ihnen und dem Appellaten eingegangenen Rechtsgeſchäfts — einer Verkaufs-Commiſſion — zu finden. Nun iſt es allerdings unzweifelhaft richtig, daß der Verkaufs-Commiſſionär, dafern er den Verkauf zu den ihm vorgeſchriebenen Bedingungen nicht bewirkt hat, zur Zurückgabe deſſelben Objects, welches ihm in Commiſſion gegeben worden, angehalten werden kann. Allein bei vertretbaren Sachen gilt ja die Regel, daß eben ſo viel in derſelben Gattung rechtlich daſſelbe iſt. Wo ſie den Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts bilden, welches die Pflicht zur Zurückgabe des erhaltenen Objects mit ſich bringt, beſtimmt ſich folgeweiſe die Identität des letzteren nicht nach der Individualität der überkommenen Stücke, ſondern lediglich nach deren Zahl und Gattung. Ein Rechtsgeſchäft, welches ſeiner Natur nach zur Zurückgabe gerade des Erhaltenen verpflichtet, iſt das Depoſitum. Gleichwohl iſt anerkannt, daß wenn Geld — ohne durch beſondere Maaßregeln individualiſirt zu ſein — deponirt wird, das Eigenthum auf den Empfänger übergeht und dieſer nur eine gleiche Summe zurückzuzahlen hat. Der Grund hierfür liegt aber nicht etwa in der beſonderen Natur des Geldes, ſondern in deſſen Eigenſchaft als einer vertretbaren Sache und muß alſo von anderen Fungibilien daſſelbe gelten.

L. 31. D. locati (19. 2.)

Es bedarf hiernach immer einer beſonderen Willenserklärung (wie ſie z. B. beim Geld in der Verpackung, Verſiegelung u. ſ. w. gefunden wird), daß fungible Sachen *in specie* zurückgegeben werden ſollen, um die Verbindlichkeit des Empfängers hierauf zu richten. Dieſe Willenserklärung ſoll nach Anſicht der Appellanten vorliegend jedenfalls

2) darin enthalten ſein, daß die Banknoten in dem Schreiben vom 24. Mai 1853, mit dem ſie dem Appellaten überſandt wurden, einzeln nach Serie und Nummern verzeichnet worden ſind. Allein der hinreichend klare Ausdruck eines ſolchen auf exceptionelle Behandlung des Geſchäfts gerichteten Willens konnte in dieſer Bezeichnung (die ſchon auf andere Weiſe, z. B. aus der Abſicht, eine Controlirung des Empfangenen, eine Nachforſchung nach Vermißtem ꝛc. zu ſichern, ſich erklären ließ) nicht gefunden werden.

Auch läßt ſich überall nicht annehmen, daß Appellat die fragliche Abſicht der Appellanten wirklich unterſtellt und ſo auf das Geſchäft ſich eingelaſſen habe. Denn in ſeinem Antwortſchreiben vom 25. Mai 1853 ſpricht er nur von empfangenen „2000 fl. öſterreichiſchen Banknoten" im Allgemeinen. Wenn er dabei bemerkt, „er halte dieſelben einſtweilen zur Dispoſition der Appellanten," ſo bezieht ſich dieß jedenfalls nur auf die Zeit bis zur Angabe des fehlenden Limitum. Und wenn er in ſeinem Schreiben vom 3. November 1853 von ſeiner „Mühe der Aufbewahrung" ſpricht, ſo kann man dieß ſehr wohl darauf beziehen, daß auch derjenige, der vertretbare Sachen als ſolche mit der Verbindlichkeit, ſie auf Verlangen zu reſtituiren, erhält, zwar nicht die individuellen Stücke conſerviren, wohl aber ſich in fortwährender Bereitſchaft halten muß, eine gleiche Zahl in gleicher Gattung zu liefern. Daß Appellat ſeiner Aufbewahrungspflicht in dieſem Sinne nicht nachgekommen, iſt von den Appellanten nicht behauptet. Derſelbe hat in der That, ſobald die deßhalbige Aufforderung an ihn erging, zu einer Reſtitution, wie ſie ihm oblag, ſich bereit und im Stande gezeigt.

Angenommen aber auch

B. die Pflicht des Appellaten ſei auf Zurückgabe der empfan-

genen Banknoten *in specie* gegangen, derselbe sei also dadurch, daß er sich zu einer solchen außer Stand gesetzt, den Appellanten zum Ersatz des Interesse pflichtig geworden, so kam er doch dieser seiner Ersatzpflicht dadurch vollständig nach, daß er den Appellanten Papiere von durchaus derselben Beschaffenheit und demselben Werthe, wie die erhaltenen, zu liefern bereit war. Hier kommt eben wieder die allgemeine Natur dieser Papiere als vertretbarer Sachen in Betracht, wonach eine bestimmte Stückzahl durch eine gleiche Zahl von gleicher Gattung gedeckt wird. Es wäre Sache der Appellanten gewesen, durch Anführung besonderer Umstände es zu begründen, weßhalb gegen diese allgemeine Rechtsregel die offerirten Stücke für sie nicht denselben Werth gehabt, wie die dem Appellaten übergebenen. Hierüber aber haben sie nicht einmal eine Andeutung gemacht. Wenn sie jetzt die Behauptung aufstellen, die deßhalbigen Anführungen gehörten in das Beweisverfahren, im ersten Verfahren genüge es, gezeigt zu haben, daß Appellat ihnen zum Ersatze des Interesse pflichtig geworden, so kann die Richtigkeit dieser Behauptung im Übrigen dahin gestellt bleiben. Daß durch die Handlungsweise des anderen Theils in ihren endlichen Resultaten überhaupt ein rechtliches Interesse verletzt worden, daß mit anderen Worten dadurch ein Schaden entstanden, mußte jedenfalls im präparatorischen Verfahren dargelegt werden.

Es ergibt sich aus dem Bisherigen

II. daß der von den Appellanten verfolgte Anspruch auf Ersatz von 2250 fl. nur darauf gegründet werden könnte, daß Appellat die erhaltenen Banknoten zu dem Cours von 112½ pCt. verkauft oder zu verkaufen Gelegenheit gehabt habe. Eine solche Behauptung ist aber von den Appellanten gar nicht oder doch jedenfalls nicht in gehöriger Weise vorgebracht worden.

A. In der Exception-Abhandlung findet sich nur als eine von mehreren Möglichkeiten die aufgestellt, daß Appellat zu dem gesetztem Limitum verkauft habe. Der Anspruch der Appellanten ist überall nicht auf die positive Behauptung, daß dieß geschehen, sondern nur darauf gegründet, daß Appellat das anvertraute Commissionsgut geständigermaßen nicht mehr besitze.

B. In der Duplikhandlung wird zwar die Behauptung, daß Appellat die fraglichen Banknoten „begeben" habe, mit Bestimmtheit vorgebracht, daß dieß zu dem vorgeschriebenen Limitum geschehen (worauf es doch allein ankommt), erscheint dagegen dem ganzen Zusammenhange nach immer nur als Schlußfolgerung, Vermuthung, Überzeugung der Appellanten hingestellt und kann als ernstlich gemeinte thatsächliche Behauptung um so weniger angesehen werden, als nirgends auch nur angeführt worden ist, daß in der in Betracht kommenden Zeit die österreichischen Banknoten den Cours von 112½ pCt. jemals erreicht haben. — Es braucht daher die Frage, ob die erforderliche Behauptung, wenn wirklich vorgebracht, nicht jedenfalls als verspätet unberücksichtigt bleiben mußte, nicht näher erörtert zu werden.

57.

Friedrich Joseph Meggenhofen, Kläger wider die **Direction des hiesigen Stadttheaters**, Beklagte, wegen Entlassung des Ersteren als Mitglied des Theater-Orchesters und Fortzahlung seines Gehaltes.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Mai 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

I. Was den Gegenstand der Entscheidung in vorliegender Sache bildet, ergibt sich aus folgenden, actenmäßig feststehenden Punkten.

1) Durch das in zweiter Instanz bestätigte und sodann in Rechtskraft übergegangene Stadtgerichts-Erkenntniß vom 28. Febr. 1853 ist anerkannt, daß das Contractsverhältniß, vermöge dessen Kläger als Orchestermitglied im Dienst der beklagten Direction stand, damals noch in Wirksamkeit war, und Kläger seinen Gehalt fortzubeziehen hatte, bis ein den Contract aufhebender neuer Umstand eintreten würde.

2) Die beklagte Direction erklärte dem Kläger am 1. März 1853, daß er „wegen Unfähigkeit seine contractlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen," seines Dienstes entlassen sei.

3) Vermöge der im § 6 der Theaterconcessionsurkunde vom 10. Mai 1849 getroffenen Bestimmung erlangte die Entlassung derjenigen älteren Orchestermitglieder, zu denen der Kläger gehörte, wider ihren Willen nur dann definitive Gültigkeit, wenn der Grnnd der Entlassung von der competenten Verwaltungsstelle — von dem Polizeiamt oder im Recursweg von dem Verwaltungssenat — als ein zureichender anerkannt wurde.

4) Darüber, ob die beklagte Direction zur Entlassung des

Klägers am 1. März 1853 gegründeten Anlaß hatte, iſt bei den genannten Verwaltungsſtellen ein Verfahren eröffnet worden, welches ſeine ſchließliche Erledigung erſt während der Anhängigkeit der Sache in gegenwärtiger Inſtanz durch nachträglich zu den Acten gebrachte Beſchlüſſe gefunden hat, nämlich durch den Beſcheid des Polizeiamts vom 1. November 1854 und den in der Recursinſtanz ergangenen Beſchluß des Verwaltungsſenats vom 1. Februar 1855.

5) Der Kläger hat bei Überreichung dieſer Beſchlüſſe eingeräumt, daß ſein Contractsverhältniß vom 1. November 1854 an aufgehoben ſei, und da er für die Zeit vor dem 1. März 1853 bereits früher im Laufe des Prozeſſes befriedigt worden iſt, ſo handelt es ſich nur noch um die beſtrittene Gehaltsforderung des Klägers für die in der Mitte zwiſchen dieſen beiden Zeitpunkten liegenden 20 Monate.

6) Der Streit hierüber beruht zunächſt darauf, daß der Kläger behauptet, ſeine Entlaſſung könne nicht eher eine Wirkung äußern, als bis die Beſtätigung der competenten Verwaltungsſtelle hinzugekommen ſei, der Gehalt müſſe ihm daher bis zum Augenblick der adminiſtrativen Entſcheidung, wie dieſe auch ausfallen möge, fortgezahlt werden, die Beklagte dagegen der Anſicht iſt, daß die von ihr erklärte Entlaſſung ſofort in Wirkſamkeit getreten ſei, mindeſtens aber die ſpätere amtliche Beſtätigung auf den Tag der Entlaſſung zurückbezogen und deßhalb vor definitiver gerichtlicher Entſcheidung abgewartet werden müſſe. Die beiden vorigen Gerichte ſind, durch die ohne Vorbehalt ausgeſprochene Verurtheilung der Beklagten der Auffaſſung des Klägers beigetreten und dagegen iſt die in voriger Inſtanz aufgeſtellte, jetzt als Grav. I. wiederholte Beſchwerde der Beklagten gerichtet. Außerdem ſind die Parteien aber gegenwärtig auch darüber entgegengeſetzter Meinung, ob der nunmehr unter dem 1. Februar dieſes Jahres erfolgte Beſchluß des Verwaltungsſenats eine Beſtätigung oder Verwerfung der Entlaſſung des Klägers vom 1. März 1853 enthalte.

II. Geht man nach dieſer Darlegung des Standes der Sache auf die Beurtheilung der erſten Streitfrage ein, ſo mußte dieſelbe in Übereinſtimmung mit den beiden vorigen Gerichten beantwortet, die Beſchwerde der Beklagten daher für unbegründet erachtet werden. Es hat nämlich

1) ſchon viel für ſich, den Anſpruch des Klägers wegen der prozeſſualiſchen Lage der Sache für gerechtfertigt zu halten. Das rechtskräftig gewordene Stadtgerichts-Erkenntniß vom 28. Februar 1853 hatte nur einen Anfangstermin, nicht aber irgend einen Endtermin für die Gehaltszahlung an den Kläger feſtgeſetzt. Der Kläger durfte daher jederzeit einen Executionsantrag auf die fälligen Gehaltsraten ſtellen — wie er dieß auch für die Zeit bis zum 1. September 1853 in ſeiner Eingabe vom 6ten ejusd. und für die weiter fällig werdenden Raten in ſeiner Erklärung vom 1. October deſſelben Jahres gethan hat, — und die Beklagte hätte dem nur mit einer völlig liquiden Einrede begegnen können.

Das Factum der von der Beklagten am 1. März 1853 erklärten Entlaſſung konnte aber für ſich allein nach der oben angeführten Beſtimmung der Theaterconceſſion in keinem Fall eine Aufhebung des Contractsverhältniſſes begründen, zumal, da der Kläger bereits Beſchwerde dagegen bei dem Polizeiamt erhoben hatte. Es kam daher darauf an, daß die Beklagte innerhalb des Executionsverfahrens das Begründetſein der Entlaſſung durch Beibringung der behufigen Entſcheidung der competenten Verwaltungsſtelle nachzuweiſen im Stande geweſen wäre. Das hat die Beklagte aber bis zum Schluß des gerichtlichen Verfahrens nicht vermocht, indem vielmehr der ihr günſtige Polizeiamtsbeſcheid vom 24. Juni 1853 durch eine Entſcheidung der Recursinſtanz aufgehoben war, und das adminiſtrative Verfahren fortgeſetzt wurde. Es blieb daher nichts Anderes übrig, als die Beklagte zur Erfüllung des liquiden Executionsantrages anzuhalten.

Wollte man aber auch Bedenken tragen, hierauf allein das entſcheidende Gewicht zu legen, ſo muß doch

2) die Anſicht, daß der Kläger ſeinen Gehalt bis zur adminiſtrativen Entſcheidung über ſeine Entlaſſung jedenfalls fortzubeziehen hatte, auch an ſich als die richtigere anerkannt werden. Denn wenn ein Dienſtverhältniß in der Weiſe unter den beſonderen Schutz des Staates geſtellt iſt, daß die Entlaſſung des Dieners zu ihrer Gültigkeit der amtlichen Beſtätigung einer Behörde bedarf, ſo muß, wenn etwas Anderes nicht darüber beſtimmt worden war, angenommen werden, daß die Auflöſung des Dienſtverhältniſſes erſt mit

dem Augenblick der Beſtätigung eintrete. Das Entlaſſungsrecht ruht in ſolchem Fall nicht in den Händen des Dienſtherrn allein, ſondern iſt ein zwiſchen ihm und der Behörde getheiltes, zur Ausübung deſſelben bedarf es zweier Handlungen, die erſt zuſammengekommen ſein müſſen, ehe die Entlaſſung als perfect angeſehen werden kann. Die Wirkung der zweiten Handlung (der amtlichen Beſtätigung) auf den Zeitpunkt der erſten (der vom Dienſtherrn erklärten Entlaſſung) zurückzubeziehen, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde und es würde dadurch überdieß ein der Natur des Dienſtverhältniſſes nicht entſprechender Zwiſchenzuſtand entſtehen, indem es eine nothwendige Folge dieſer Annahme wäre, daß der Diener vom Augenblick der erklärten Entlaſſung an, von jeder Dienſtleiſtung und jeder Pflicht gegen den Dienſtherrn entbunden ſein, im Falle aber die amtliche Beſtätigung verſagt würde, in alle ſeine Verbindlichkeiten, nach Monate- oder ſelbſt jahrelanger Unterbrechung wieder eintreten müßte.

Unverkennbar iſt es die natürlichere und daher im Zweifel als Sinn der fraglichen Beſtimmung zu vermuthende Annahme, daß das Dienſtverhältniß rechtlich fortbeſtehe, — daher auch der Dienſtherr, wenn er es in ſeinem Intereſſe angemeſſen findet, die Fortſetzung der Dienſte verlangen könne — bis die Auflöſung des Verhältniſſes durch die amtliche Beſtätigung entſchieden worden iſt, ſo daß die vom Dienſtherrn erklärte Verabſchiedung zwar nicht als bloßer Antrag, aber doch nur als Ankündigung der Entlaſſung und als Beginn des Entlaſſungsverfahrens aufgefaßt werden muß. Dieß gilt aber hier um ſo unbedenklicher, da es ſich nicht um ein reines Privatdienſtverhältniß handelt, vielmehr eine Staatsbehörde es war, welche die Rechte und Pflichten aus dem mit dem Kläger abgeſchloſſenen Dienſtcontract nur mit dem Vorbehalte amtlicher Mitwirkung bei der Dienſtentlaſſung auf die jedesmaligen Theaterunternehmer überwies. Auch die Worte der Conceſſionsurkunde ſelbſt ſprechen für die Richtigkeit der bemerkten Auffaſſung, indem dieſelben nur dahin verſtanden werden können, daß die Theater-Direction verpflichtet ſein ſollte, die Muſiker von der Kategorie des Klägers beizubehalten, bis die Direction bei dem Polizeiamt das Daſein eines gegründeten Anlaſſes zur Verabſchiedung nachgewieſen haben werde.

Ein Zweifel könnte nur aus dem Umstand entnommen werden, daß in dem Senatsrescript vom 16. März 1843 gesagt wurde, die Theaterunternehmer hätten sich „auf Verlangen" bei dem Polizeiamt über einen gegründeten Anlaß zur Verabschiedung auszuweisen; allein die Worte „auf Verlangen" sind in der hier allein entscheidenden Concessionsurkunde vom 10. Mai 1849 nicht wiederholt worden, auch drücken sie wohl nicht mehr aus, als daß es einer Ausweisung bei der Behörde nicht bedürfe, wenn der Diener sich selbst bei der ihm angekündigten Entlassung beruhige.

3) Die Beklagte hat nun zwar auch geltend gemacht, der Kläger habe die Entlassung vom 1. März 1853 dadurch anerkannt, daß er seinen Dienst nicht wieder angetreten, noch sich dazu gemeldet habe. Die Grundlosigkeit dieses Einwandes leuchtet aber von selbst ein, da der Kläger gegen seine Entlassung sofort bei der competenten Behörde Beschwerde erhob und seine Dienstleistungen der Beklagten nicht aufdringen konnte.

III. Da nach der bisherigen Ausführung der Anspruch des Klägers auf Fortzahlung seines Gehalts bis zu Ende des Monats October 1854 sich in jedem Fall als begründet darstellte, die administrative Entscheidung mochte für oder wider ihn ausfallen, so folgt daraus, daß auf die zweite oben berührte Streitfrage über die Bedeutung des Rathschlusses vom 1. Februar dieses Jahres gar nicht eingegangen zu werden braucht.

Der Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses mußte jedoch der durch die nunmehrige Erklärung des Klägers festgestellte Endpunkt seiner Gehaltsforderung beigefügt werden.

IV. Nach dieser Entscheidung in der Hauptsache rechtfertigt sich zugleich die Verwerfung der zweiten, die Kosten voriger Instanz betreffenden, Beschwerde der Beklagten, sowie deren Verurtheilung in die Kosten jetziger Instanz, soweit dieselben nicht durch die Verhandlung über die nach erfolgtem Actenschluß beigebrachten Nova veranlaßt worden sind.

Diese letzteren Kosten mußten compensirt werden, da die formelle Zulässigkeit der Nova nicht zu bezweifeln war, und wenn sich dieselben auch nunmehr als unerheblich dargestellt haben, der Kläger doch zu ihrer Benutzung genügenden Anlaß hatte.

58.

Catharina J. und **Joh. Ludw. K.** als Vormund ihres unehelichen Sohnes, Kläger, wider **Th. B. L.**, Beklagten, wegen Schwängerung.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. Juni 1855.

Auf Appellation der Kläger.

In Erwägung, daß

1) der eben ſo conſtante als allgemeine Gerichtsgebrauch, den Erzeuger eines unehelichen Kindes nur bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre des Letzteren zu Leiſtung eines entſprechenden Alimentationsbeitrages für ſchuldig zu erkennen, darin ſeine volle Rechtfertigung findet, daß dieß Alter, wie den Zeitpunkt der Pubertät, ſo auch der Regel nach den der Confirmation und des Eintritts in Lehre, Dienſt oder ſonſtige dem Unterhalt des Kindes ſicherſtellende Verhältniß bildet und daß höchſtens, wenn nach Erreichung jenes Alters die abſolute Unfähigkeit des Kindes vorliege, ſich ſelbſt zu erhalten, ein Anſpruch auf fernere Beiſteuer wider den natürlichen Vater erhoben werden könnte, daß

2) die Frage, ob auf Vorausbezahlung der Alimente gemeinrechtlich dem unehelichen Kinde ſelbſt, resp. deſſen Mutter ein Anſpruch zugeſtanden und ſolche dem Schwängerer nicht etwa bloß aus beſonderen Gründen, z. B. bei wiederholt eingetretenem Rückſtande oder falls derſelbe auswärts domicilirt iſt resp. in das Ausland ſich begeben will,

vergl. auch Bender Handbuch des Frankf. Civil-Proz. Seite 196. Note 11.

auferlegt werden könne, dahingeſtellt bleiben darf, indem das in der Sent. a qua zur dritten Beſchwerde anerkannte Erbieten des Beklagten zur Pränumeration die Verurtheilung erſetzt, mithin zur Wiederholung der gedachten Beſchwerde kein Grund vorlag, daß

3) der Seite 10 der Exceptionsſchrift erſichtliche Vorwurf des Beklagten, es ſei Klägerin zur Zeit des von ihm mit ihr vollzogenen Beiſchlafs bereits deflorirt geweſen, zwar näherer Detaillirung entbehrt, auch nur in Verbindung mit anderweiten gegen deren Verlangen einer Ehelichung gerichteten Deductionen und mehr nebenher vorgebracht iſt, daß indeſſen doch eine Behauptung, es habe Klägerin ſchon vorher geſchlechtlichen Umgang mit anderen Männern gepflogen gehabt, darin ſowohl gefunden werden kann, als auch klägeriſcher Seits, wie die Seite 17 der Replik erfolgte Entgegnung zeigt, wirklich gefunden worden iſt, mithin die deßfalls in der Sent. a qua dem Beklagten annoch nachgelaſſene Beweisführung gerechtfertigt erſcheint, daß

4) Klägerin weder ein Eheverlöbniß, noch auch nur, unter dem Verſprechen der Ehe geſchwängert und dadurch zu Geſtattung des Beiſchlafs verleitet worden zu ſein, behauptet hat, mithin auf Ehelichung ſowenig einen Rechtsanſpruch hat, als auf eine der vereitelten Hoffnung auf Ehebündniß mit dem Beklagten und deſſen bürgerlichen Stellung, wie Vermögenslage entſprechende Entſchädigung, daß vielmehr die erhobene Klage, mag immerhin das Petitum auf Ehelichung oder Dotation geſtellt geweſen ſein, nur als eine gewöhnliche Schwängerungsklage behandelt werden kann, nun aber bei ſolcher für die der Geſchwängerten, falls ſelbige nicht etwa ſchon deflorirt geweſen, zukommende Satisfaction der Betrag ſich nach ihren perſönlichen Verhältniſſen beſtimmt und dabei dem Ermeſſen des mit dem deßfallſigen Gerichtsgebrauch, wie mit den Verhältniſſen der Parteien genauer bekannten Richters erſter Inſtanz ein vorzugsweiſes Gewicht beizulegen iſt, ſonach denn bei der vorliegend vom Stadtgericht zuerkannten und in der Sent. a qua gebilligten Satisfactionsſumme von nur fl. 15, ſo geringfügig ſolche auch an ſich und nach Stand und zugeſtandenem Einkommen des Beklagten erſcheine, um ſo mehr ſtehen zu bleiben war, als weder die vom Beklagten in Betreff der Niederkunftskoſten und ſonſt gegen die Klägerin geübte Liberalität, noch auch der Umſtand, daß die Alimentationsbeiträge nicht nach dem niedrigſten Maaßſtabe gerichtsſeitig bemeſſen worden ſind, eine Nothwendigkeit entſprechender Erhöhung der Deflorationsgebühr zu begründen vermag, vielmehr

ſogar anzunehmen ſteht, es ſei letztere gerade mit Rückſicht auf die in jenen Beziehungen von dem Beklagten freiwillig übernommenen und fernerweit ihm auferlegten höheren Präſtanda ſowie geſchehen und nur zum niedrigſten Satze von fl. 15 feſtgeſtellt worden, daß endlich

5) die Entſcheidung über die Koſten erſter Inſtanz, da es ſowohl nach dem ſtadtgerichtlichen Erkenntniß noch zu einer Beweisführung kommen konnte, als auch das Appellationsgericht dem Beklagten eine ſolche, wenn ſchon über einen anderen Punkt, nachgelaſſen hat, mit Recht damals ausgeſetzt wurde und in der Sent. a qua ausgeſetzt geblieben iſt, daß ſonach

6) die von den Klägern erhobenen Beſchwerden ſämmtlich ſich als unbegründet erweiſen und demzufolge Kläger mit Tragung der in jetziger Inſtanz erwachſenen Koſten abgeſehen von denen, welche durch des Beklagten Ungehorſam in Betreff der ihm auferlegten Vernehmlaſſung veranlaßt ſind, nicht verſchont werden konnten,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

„daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber, wie hiermit geſchieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. Juni 1854 unter Verurtheilung der Appellanten in die Koſten jetziger Inſtanz, ſoweit über ſolche nicht bereits erkannt iſt, zu beſtätigen ſei.“

59.

Dr. F. und Dr. G., als Vertreter des F. C. H., Kläger wider deſſen Ehefrau C. H., geb. F., Beklagte, wegen Eheſcheidung und Alimenten.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 21. April 1854.

In Erwägung daß

1) klagender Theil lediglich den beklagterſeits geforderten Betrag des zu leiſtenden Prozeßkoſten-Vorſchuſſes beſtreitet,

2) es zwar nach Bewandtniß des vorliegenden Falles in hohem Grade unwahrſcheinlich iſt, daß Kläger zur Zeit der Conception des von der Beklagten am 18. Auguſt 1853 gebornen Kindes der Beklagten geſchlechtlich beigewohnt habe, jedoch die Unmöglichkeit einer ſolchen Beiwohnung nicht vorliegt, daher

3) Kläger den Beweis des auch dieſer Klage zum Grunde liegenden Ehebruchs der Beklagten zu führen hat,

4) dieſer Beweis aber nicht auf die früheren, der Beklagten etwa zur Laſt fallenden Verletzungen der ehelichen Treue, worüber bereits in einem anderen Rechtsſtreit verhandelt wird, zu erſtrecken und ſich vielmehr nach Maaßgabe des klägeriſchen Vorbringens auf die ſeit der Conception des von der Beklagten gebornen Kindes verfloſſenen Zeit zu beſchränken hat,

5) die gegen den von der Beklagten etwa begangenen Ehebruch vorgeſchützte Einrede der Compenſation, inſofern dieſelbe auf Ehebruch von Seiten des Klägers begründet wird, zum Beweis auszuſtellen iſt, — —

6) eine neben den bisherigen ſonſtigen Präſtationen an die Beklagte zu leiſtende Zahlung von wöchentlich fl. 10 zur Beſtreitung ihres Unterhalts dem actenmäßigen Verhältniß des H.'ſchen Vermögens entſpricht,

wird — — zu Recht erkannt:

I. Kläger iſt ſchuldig, binnen 14 Tagen der Beklagten einen Prozeßkoſten-Vorſchuß von fl. 60 zu leiſten,

II. hat Kläger salv. reprob. binnen 14 Tagen zu beweiſen:
daß die Beklagte ſeit dem 23. October 1852 ſich des Ehebruchs ſchuldig gemacht habe,

III. der Beklagten wird nachgelaſſen, binnen gleicher Friſt salv. reprob. zu beweiſen:
daß auch der Kläger ſich des Ehebruchs ſchuldig gemacht habe,

IV. ſoll hiernach weitere Verfügung ergehen.

V. Die der Beklagten von dem klagenden Theil zur Beſtreitung ihres Unterhaltes zu leiſtende Zahlung wird — neben den bisherigen Präſtationen für Wohnung, Kleidung und Mägdelohn — vorläufig auf fl. 10 wöchentlich pro futuro beſtimmt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. Juni 1854.

Auf beiderſeitige Appellation.

I. Es iſt unzweifelhaft richtig, daß bei dem Ehebruch, als Scheidungsgrund, auch dringende Vermuthungen die Stelle des Beweiſes vertreten können, es iſt eben ſo richtig, daß in den, in gegenwärtiger Sache gepflogenen Streitverhandlungen für das Fundament der Klage Vermuthungen enthalten ſind, deren Bedeutung nicht zu verkennen iſt; allein von einem Beweisverfahren konnte darum nicht Umgang genommen werden, da eines Theils den vorhandenen Vermuthungen, ſo bedeutend ſie auch ſind, doch nicht ein ſolches Gewicht beigemeſſen werden kann, daß von jeglicher Ergänzung abgeſehen werden könnte, und da andern Theils die Gelegenheit zur Führung des Gegenbeweiſes überhaupt nicht, in dem vorliegenden Falle aber um ſo weniger abgeſchnitten werden dürfte, als die Beklagte beſtimmte Thatſachen angeführt hat, deren Beweis die Bedeutung der vorhandenen Vermuthungen weſentlich verändern würde.

Die erſte Beſchwerde des Klägers und auch der eventuelle Antrag derſelben iſt ſonach unbegründet.

Eben so verhält es sich

II. mit der zweiten Beschwerde des Klägers und dem Unterantrage derselben. Es kann zwar wie schon anderwärts

Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 194.

richtig bemerkt worden ist, die gesetzliche Vorschrift, nach welcher dem von beiden Ehegatten verübten Ehebruch die rechtliche Wirkung einer Compensation beigelegt wird, nicht dahin aufgefaßt werden, daß ein von Seiten eines Ehegatten einmal verübter Ehebruch für den andern Ehegenossen gleichsam ein Freibrief sei, welcher den Letzteren für alle Zeiten, so lange die Ehe besteht, berechtige, die eheliche Treue zu verletzen; auch hat die Beklagte in einem anderen, dem gegenwärtigen Prozesse vorausgehenden und noch unerledigten, auf gleichem Klaggrunde beruhenden Rechtsstreite in gleicher Weise die Einrede der Compensation (welche in dem vorliegenden Falle ausreichend substantiirt ist) vorgeschützt, allein es liegt nicht vor, daß der behauptete Ehebruch des Klägers in dem vorausgegangenen Prozesse wirklich bereits in computum gebracht worden ist, und konnte daher von dem Stadtgericht nur, wie geschehen, erkannt werden. Sollten übrigens beide Rechtsstreite, wie bisher, nebeneinander fortgehen, und in dem zuerst begonnenen Prozesse Thatsachen bewiesen werden, welchen ein Einfluß auf die Aburtheilung des gegenwärtigen Rechtsstreits beigelegt werden könnte, so würde es keinem Bedenken unterliegen, diesen Einfluß auch wirklich zur Geltung zu bringen. — —

IV. Was den Alimentenpunkt anbelangt, — — — Dagegen muß es für angemessen erachtet werden, daß, nachdem der bis zum 29. August 1853, sei es übereinkunftsmäßig oder freiwillig der Beklagten gewährte Betrag von Seiten des Klägers einseitig herabgesetzt und in dem darüber entstandenen Streite nunmehr gerichtlich festgesetzt worden ist, von jenem Zeitpunkte an der Unterschied zwischen dem von dem Kläger willkürlich herabgesetzten und dem gerichtlichen Ansatze der Beklagten nachvergütet werde. — —

Diesemnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 21. April 1854 unter Verweisung auf II. in fine der Entscheidungsgründe mit der Abänderung bestätigt, daß der Kläger verbunden erkannt wird, die von dem Stadt-

gericht auf fl. 10 wöchentlich bestimmten Alimente in diesem Betrage vom 29. August 1853 an zu bezahlen.

2) Von den Kosten dieses Verfahrens hat der Kläger der Beklagten ein Sechstheil zu erstatten. — —

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1855.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 26. Juni 1854 zwar im Uebrigen zu bestätigen, darin aber abzuändern sei:

daß Kläger mit dem ihnen im Stadtgerichtsurtheile vom 21. April 1854 sub II. auferlegten Beweise zu verschonen, der Beklagten dagegen alternativ mit dem ihr daselbst sub III. nachgelassenen Beweise auch noch der Beweis salva reprobatione nachzulassen sei:

daß sie um die Mitte Novembers 1852 bei einem Besuche zu Hanau mit ihrem Manne ehelichen Beischlaf gepflogen habe;

und wird nunmehr, unter Compensation der Hälfte der in jetziger Instanz erwachsenen Kosten und Verurtheilung der Appellanten in die andere Hälfte, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Der im jetzigen Grav. I. wiederholten ersten Beschwerde voriger Instanz, dahin gehend, daß Klägern noch ein Beweis des der Beklagten schuldgegebenen Ehebruchs angesonnen und nicht vielmehr höchstens noch Letzterer der Beweis ihres exceptivischen Vorbringens, gelegentlich eines ihrem Manne zu Hanau um die Mitte Novembers 1852 gemachten Besuches mit demselben eheliche Beiwohnung gepflogen zu haben, nachgelassen worden sei, war in der letzteren Beziehung Folge zu geben.

Denn wenngleich die bloße suspicio adulterii nicht in dem Sinne zum Behufe einer Scheidung genügt, daß solche Thatsachen, welche zu der Annahme geschlechtlichen Verkehrs des einen Ehe-

gatten mit Dritten mit Nothwendigkeit führen würden, nur wahrſcheinlich gemacht zu werden brauchten, vielmehr bloß dieß damit gemeint iſt, daß, ſobald aus völlig conſtatirten Thatſachen auch nur eine dringende Vermuthung eingetretener Verletzung der ehelichen Treue ſich ergibt, ein direkter Beweis des Ehebruchs nicht weiter erforderlich iſt, und wenn gleich ferner dafür, daß das von einer Ehefrau geborene Kind von deren Manne gezeugt ſei, bis zum Beweiſe der Unmöglichkeit eine geſetzliche Präſumtion ſtreitet, ſo beruht dieſe letztere Vermuthung weſentlich darauf, daß die betheiligten Ehegatten auch wirklich in der das Weſen der Ehe bildenden, andauernden und umfaſſenden Lebensgemeinſchaft geſtanden, in Wahrheit miteinander gelebt haben, wie dieß namentlich aus der

L. 6. Dig. de his qui sui. (1. 6.)

ſich ergibt, welche gerade und auch nur in Betreff desjenigen Ehemannes, qui assidue cum uxore sua moratus fuerit, ſich dahin äußert, daß ſeine Weigerung, das von Letzterer geborene Kind anzuerkennen, bloß dann Beachtung finden könne, wenn er ſeine Zeugungsunfähigkeit, oder daß er wegen Krankheit oder ſonſtiger Gründe längere Zeit ſeiner Frau nicht beigewohnt habe, zu beweiſen im Stande ſei.

Nun aber iſt im vorliegenden Falle ſeit langer Zeit ſchon jede äußerliche Lebensgemeinſchaft zwiſchen dem Curanden der Kläger und ſeiner Ehefrau völlig und andauernd aufgehoben. Denn bereits im Sommer 1852 hat Erſterer, und zwar gerade, weil er ſeine Frau des Ehebruchs beſchuldigte, und auf Scheidung deßfalls wider ſie klagbar werden wollte, nicht bloß die gemeinſchaftliche Wohnung, ſondern auch ſogar den bisherigen Wohnort verlaſſen und ſeitdem ſtets von ſeiner Frau dergeſtalt getrennt gelebt, daß jeder Theil ſeinen geſonderten Haushalt hatte. Dieß iſt einerſeits gelegentlich der früheren, annoch unerledigten Scheidungsklage von der Beklagten ſelbſt angegeben, und iſt überall kein Grund vorhanden, weßhalb dieß von ihr, wenn auch nur zu eventueller Begründung einer Einrede, damals gemachte Zugeſtändniß in dem gegenwärtigen ganz connexen Prozeſſe nicht auch zu Gunſten ihres Ehemannes und des von dieſem anderweit geſtellten Scheidungs-Antrags ſollte geltend gemacht werden dürfen, indem lediglich in Betreff der

eigentlichen causa divortii und des unmittelbaren Klaggrundes dem Geſtändniſſe die volle Beweiskraft in Eheſcheidungsſachen zu verſagen ſteht. Andererſeits hat auch Beklagte im gegenwärtigen Prozeſſe im Allgemeinen und an ſich überall nicht beſtritten, daß ſchon zu jener Zeit und ſeitdem andauernd das consortium conjugale zwiſchen ihr und ihrem Ehemanne aufgehoben worden und geblieben ſei, ſie behauptet auch nicht, daß eine zeitweilige Herſtellung eines wahren ehelichen Zuſammenlebens zwiſchen ihnen Statt gefunden habe, ſondern ſie gibt nur vor, daß ſie eine ſolche vorübergehende, durch beſondern Anlaß herbeigeführte Zuſammenkunft, wie beſuchsweiſe auch zwiſchen anderen Perſonen, als Ehegatten, vorkommt, ſeitdem einmal mit ihrem Manne gehabt habe, und will bei dieſer Gelegenheit, ohne daß im Uebrigen ein eheliches Zuſammenleben zwiſchen ihnen wieder eingetreten oder auch nur beabſichtigt geweſen wäre, in geſchlechtlichen Verkehr mit ihrem Manne getreten ſein.

Endlich würde, ſelbſt abgeſehen von dieſen Zugeſtändniſſen, für hinreichend conſtatirt zu achten ſein, daß ſchon ſeit 1852 und andauernd eine völlige Aufhebung jedes ehelichen Zuſammenlebens eingetreten ſei, indem aus den in den adjungirten Acten befindlichen Curatel-Rechnungen und Berichten erhellt, daß der klägeriſche Curand bereits im Sommer 1852 und gleich nach ſeiner Entfernung aus der ehelichen Wohnung zu Bockenheim die gerichtliche Aufhebung der factiſch bereits getrennten Ehe bei ſeinen früheren und jetzigen Curatoren betrieb, ſeit dem Herbſt jenes Jahres auch in Hanau und anderen Orten von ſeiner Frau getrennt gelebt und ſeine ſeparate Wohnung, Koſt ꝛc. gehabt hat. Das Nichtvorhandenſein derjenigen Vorausſetzung, auf welcher jene geſetzliche Präſumtion für Vaterſchaft des Ehemannes beruht, liegt ſonach völlig conſtatirt vor, und das weitere Factum, auf welches die gegenwärtige Klage ſich ſtützt, und aus welchem, daß das von der Beklagten am 18. Juli 1853 zu Mainz geborene Kind nicht von deren Ehemanne herrühren könne, mit Naturnothwendigkeit folgen würde, daß nämlich damals ſeit Jahresfriſt ſchon und fortdauernd die Eheleute von einander getrennt gelebt haben, hat Beklagte an ſich und im Allgemeinen nicht zu beſtreiten gewagt. Nur ein von

dem ehelichen Zuſammenleben unabhängiges und mit jener fortdauernden Trennung nicht unvereinbares ſelbſtſtändiges Factum hat ſie vorgebracht, durch welches, wenn erwieſen, die obige aus ihren Geſtändniſſen ſich ergebende Conſequenz beſeitigt oder doch weſentlich geſchwächt würde und mittelſt künſtlichen Gegenbeweiſes zwar nicht die Unwahrheit des klägeriſchen Vorbringens, daß ſie des Ehebruchs ſchuldig ſei, conſtatirt wäre, wohl aber der von den Klägern aus dem unbeſtrittenen Factum der Niederkunft und der ſeit Sommer 1852 eingetretenen Auflöſung des ehelichen Zuſammenlebens anticipando hergeleitete Beweis des Klaggrundes entkräftet ſein würde.

Die Führung nun dieſes Gegenbeweiſes der Beklagten zu verſagen, liegt kein Grund vor. Unwahrſcheinlich muß zwar das ganze, nicht einmal übereinſtimmend in Exception und Duplik erfolgte Vorbringen, ſowohl an ſich als vollends dann erſcheinen, wenn man ſowohl dieß erwägt, daß der Ehemann, freilich nur eigenmächtig und nicht auf Richterſpruch, aber doch gerade wegen des ſeiner Frau ſchon damals ſchuldgegebenen Ehebruchs und Behufs einer deßfalls beabſichtigten gänzlichen Scheidung ſeine Frau verlaſſen hatte, als auch weiter in Betracht zieht, daß in dem Vorprozeſſe, in welchem die Exceptionsſchrift der Beklagten nicht viel über 3, die Duplik ſogar nur etwas über 1 Monat vor der jetzt in Frage ſtehenden Niederkunft zu den Acten gekommen iſt, und in welchem die durch das jetzige Vorbringen, wenn erweisbar, ſofort begründete Einrede der Verzeihung ausdrücklich vorgeſchützt worden war, Beklagte auch nicht mit einem Worte des dermalen behaupteten Vorganges gedacht, vielmehr offenſichtlich die ihr nothwendig damals ſchon bekannte Schwangerſchaft unerwähnt gelaſſen und, wie ſie unter Berufung auf völlig frivole Motive ſogar ſelbſt zugeſteht, abſichtlich verheimlicht hat. Indeſſen, wie dem auch ſei, ſo iſt doch der um die Mitte Novembers 1852 angeblich dem Manne zu Hanau gemachte Beſuch und daß ſolcher zu ehelicher Beiwohnung Anlaß geworden ſei, zu beſtimmt behauptet, auch die hierin enthaltene Limitation des über längſt erfolgte Aufhebung des ehelichen Zuſammenlebens vorliegenden Geſtändniſſes der Beklagten von letzterem zu wenig zu trennen, als daß dem klägeriſchen Hauptantrage hätte deferirt und unter Abſchneidung jeglichen Gegenbeweiſes für die

Beklagte ſofort deren Ehebruch für liquid erkannt und die Trennung der Ehe ſchon jetzt ausgeſprochen werden können.

II. Die zweite Beſchwerde voriger Inſtanz, über deren Nichtberückſichtigung in der sent. a qua Kläger ſich gleichfalls im jetzigen Grav. I. beſchweren, war für unbegründet zu erachten.

Daß nämlich ein vom Ehemann ſeit deſſen Entfernung aus der ehelichen Wohnung und während des Eheſcheidungsprozeſſes verſchuldeter Ehebruch die Klage elidiren würde, kann, Inhalts der dieſe ſogenannte compensatio adulterii betreffenden Geſetze, überall nicht bezweifelt werden,

c. 1. C. 32. qu. 6; — c. 6. 7. x. de adulter. (5. 16.)

nach welchen darauf nichts ankommt, ob der wegen Ehebruchs des Anderen die Scheidung fordernde oder die Wiedervereinigung weigernde Ehegatte ſich ſchon vorher oder erſt ſpäterhin gleicher Verletzung der ehelichen Treue ſchuldig gemacht habe, um ſo weniger iſt dieß möglich, als einerſeits die einſtweilige Aufhebung des ehelichen Zuſammenlebens vorliegend nicht einmal gerichtsſeitig verfügt oder genehmigt iſt, mithin die Verpflichtung des Mannes zu Wahrung der ehelichen Treue ungeſchwächt fortbeſtand, andererſeits ſelbſt dann, wenn der ehebrecheriſche Verkehr der Beklagten ſchon vollſtändig erwieſen vorläge, bis zu erkannter Scheidung gleichwohl ihr Ehemann zu geſchlechtlichem Umgange mit anderen Frauenzimmern nicht befugt geweſen wäre. Das Verlangen daher der Kläger, es müſſe der der Beklagten im Stadtgerichts-Erkenntniß nachgelaſſene Beweis jedenfalls der Zeit nach und zwar auf diejenige beſchränkt werden, in welcher ſie ſelbſt des jetzt zur Sprache gebrachten neuen Ehebruchs ſchuldig geworden ſei, erſcheint ungerechtfertigt. Indem nun auch Beklagte mit Beſtimmtheit ihrem Ehemanne vorgeworfen hat, er habe ſeit dem Sommer 1852 und bis auf die neueſte Zeit fortdauernd ein ehebrecheriſches Leben geführt, hierbei auch der Mangel an Specialien über die Perſonen und Orte mit und an denen ein ſolcher Verkehr Statt gefunden haben ſolle, dadurch ſich erklärt und entſchuldigt, daß Beklagte anderswo als ihr Mann ſich aufhält und über deſſen Verhalten genauere Erkundigungen einzuziehen ſo lange nicht veranlaßt war, als ſie ihrerſeits den Fortbeſtand des Ehebandes trotz der eingetretenen

Auflöſung des ehelichen Zuſammenlebens wünſcht, ſo kann die vom Stadtgerichte beliebte Beweisnachlaſſung für die Beklagte, ſoviel die ſeit jener Trennung verfloſſene Zeit anbelangt, weder an ſich noch nach der Seite hin ungerechtfertigt erſcheinen, daß derſelben in ganz genereller Weiſe ein Nachweis des dem Manne zur Laſt fallenden Ehebruchs freigelaſſen worden iſt. Wenn aber Kläger noch ſpeciell und zwar vorzugsweiſe darüber ſich beſchweren, daß Beklagte auch in dieſem Prozeſſe die exceptio compensationis auf den von ihrem Manne angeblich mit einer Schauſpielerin H. und mit einer Conditor-Mamſell E. getriebenen ehebrecheriſchen Verkehr geſtützt habe, welcher bereits in dem Vorprozeſſe Gegenſtand exceptiviſchen Vorbringens geweſen und zum Beweiſe verſtellt ſei, und daß die jetzige ganz generelle, auch der Zeit nach unbeſchränkte Beweisnachlaſſung der Beklagten eine Recurrenz auf einen bereits pendenten Streitpunkt möglich machen würde und geſtatten ſolle, ſo kann auch hierin eine Beſchwerung der Kläger nicht gefunden werden. Denn einestheils fallen die gedachten dem Manne ſchuldgegebenen Verletzungen der ehelichen Treue, indem der Umgang mit der H. noch während ſeines Aufenthaltes in Bockenheim abgebrochen, der Verkehr mit der E. aber ſchon dort begonnen und zu Hanau nur fortgeſetzt ſein ſoll, zwar nur in die Zeit vor dem, jetzt der Beklagten auf Grund ihrer im Juli 1853 erfolgten Niederkunft ſchuldgegebenen, in den Spätherbſt des Jahres 1852 zu ſetzenden Ehebruche, nicht auch vor dem, in jenem Vorprozeſſe den Grund der Klage, bildenden aus dem Jahr 1850 und dem Winter $18^{51}/_{52}$ datirenden Umgange der Beklagten mit den Schauſpielern E. und P., zugleich aber doch in die Zeit vor beiden noch obſchwebenden Prozeſſen, von denen der jetzige erſt am 23. Auguſt, der frühere unterm 12. März 1853 ſeinen Anfang nahm. Anderntheils iſt für den Vorprozeß zwar die rechtliche Erheblichkeit jener zum Beweiſe der exceptio compensationis vorgebrachten und mitverſtellten Vorgänge anerkannt, allein ihre Wahrheit oder Unwahrheit ſteht, indem die Antretung des damals den Parteien auferlegten, resp. nachgelaſſenen Klag- und Einredenbeweiſes überall noch nicht erfolgt oder auch nur eingeleitet iſt, zur Zeit noch ebenſo dahin, als die Wirkung, welche deren Erweislichkeit oder Unerweislichkeit auf den aus den früheren Ehebrüchen

der Beklagten geſtützten Scheidungsantrag der Kläger äußern mußte oder könnte. Indem nun eine dem wegen Ehebruchs klagenden Theile vorgeworfene gleiche Verletzung der ehelichen Treue an und für ſich ſowohl rückwärts als vorwärts jene compenſirende und elidirende Wirkung zu üben geeignet iſt und dieſe erſt dann verliert, wenn durch Definitiv-Spruch der Gerichte entweder der Ungrund des betreffenden Vorwurfs feſtgeſtellt, oder aber daraufhin der Scheidungs-Antrag des klagenden Theils zurückgewieſen und ſo gewiſſermaßen das eheliche Verhältniß in einer Weiſe redintegrirt iſt, daß fortan nur noch das fernerweite beider- und gegenſeitige Verhalten der Ehegatten factiſch wie rechtlich in Betracht kommen kann, ſo iſt vollends gegenüber dem in den Entſcheidungsgründen der sent. a qua beliebten Vorbehalte überall nicht abzuſehen, wie es nach der hier gegebenen Sachlage beider Prozeſſe dem von den Klägern vertretenen Ehemanne irgend zur Beſchwerung gereichen könnte, daß der Beklagten auch für ihre jetzige Beweisführung implicite freigelaſſen worden iſt, auf jene anderweitig ſchon relevirten, aber noch völlig illiquiden Vorgänge und Vorwürfe mit zurückzukommen.

III. Die Grundloſigkeit der in Betreff der beklagtiſchen Alimenten-Anſprüche theils gegen das Stadtgerichts-Erkenntniß im Grav. III. voriger Inſtanz erhobenen gleichfalls in der erſten jetzigen Beſchwerde wiederholten, theils im jetzigen Gravamen II. gegen die deßfalls noch zu der Beklagten Gunſten von dem Appellations-Gericht erkannte Reformatoria gerichteten Principal- und Eventual-Beſchwerden der Kläger bedarf kaum näherer Ausführung.

Denn indem Beklagte bis zu erfolgter gerichtlicher Scheidung und bis die Illegitimität ihrer angeblich nicht von dem Ehemanne erzeugten Kinder rechtskräftig ausgeſprochen iſt, auf einen ihren Bedürfniſſen, ſowie dem Stande und Vermögen ihres Mannes entſprechenden Unterhalt, ſowohl für ſich ſelbſt, als für jene Kinder einen wohlbegründeten Rechtsanſpruch hat, könnte bei der durch das geringe Alter der Letzteren gegebenen Nothwendigkeit, eine Magd zu halten, ein wöchentlicher Alimentations-Beitrag von fl. 10 ſelbſt dann nicht für zu hoch gehalten werden, wenn deſſen Beſchaffung für den Mann, resp. deſſen Vertreter mit pecuniären Schwierigkeiten und anderweiten Opfern verbunden wäre, was indeſſen

nach Inhalt der über den Belauf und Zinsertrag des H.'schen Vermögens, wie über die zu Besten des Mannes erfolgten Ausgaben vollständigen Aufschluß gewährenden Curatel-Rechnungen durchaus nicht der Fall ist.

Ebenso ist es klar, daß, sobald dieser Betrag von fl. 10 als angemessen und der Beklagten gebührend anzuerkennen ist, auch der seit dem 29. August 1853 von den Klägern eigenmächtig innebehaltene Betrag von fl. 3 nachgezahlt werden muß, und nichts weiter darauf ankommen kann, ob Beklagte wirklich, ohne sich und die Ihrigen Entbehrungen zu unterwerfen oder etwa Schulden contrahiren zu müssen, ihren Hausstand mit dem verminderten Alimenten-Beitrag von nur fl. 7 wöchentlich bisher zu erhalten vermocht hat.

Endlich steht auch, daß sie fortan die Kosten des gegenwärtigen Prozesses aus ihren Alimenten bestreite, und daß die bisher unweigerlich von den Klägern beschaffte Vorlage der Prozeßkosten von nun an cessire, der Beklagten um so weniger anzusinnen, als die gegenwärtige, wie die frühere Klage zwar durch den angeblich von ihr verschuldeten Ehebruch veranlaßt, aber doch nicht von ihr erhoben ist, und kann ihr endlich auch dieß in keiner Weise präjudiciren, wie Kläger vermeinen, daß in dem Scheidungsprozesse ihres Mannes mit dessen früheren Frau die Letztere aus ihren noch etwas geringeren Alimenten auch die Prozeßkosten zu bestreiten hatte, indem, abgesehen von allem Anderen diese kinderlos war, und so für sie ein Alimenten-Quantum von fl. 800 allerdings groß genug erscheinen durfte, um den Ehemann von der, damals ohnedieß von Anfang an bestrittenen Verpflichtung zur Prozeßkosten-Vorlage zu befreien.

Bei der diesem Allem nach bloß theilweise eintretenden Reformatoria konnte auch nur eine partielle Compensation der Kosten jetziger Instanz stattfinden, doch schien die von den Klägern erstrittene Befreiung von dem ihnen auferlegten Beweise des beklagtischen Ehebruchs wichtig genug, um trotzdem, daß die Appellation allein für den eventuellen Theil Einer Beschwerde als begründet anzuerkennen war, die Hälfte aller Kosten, wie geschehen, zu vergleichen.

60.

L. D., Klägerin und Widerbeklagte wider **F. C. M. W.**, Beklagten und Widerklägern, Forderung aus Schwängerung und Eheverſprechen, jetzt nachgeſuchte Reſtitution betreffend.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1855.

Verfolgte die Klägerin in dem gegenwärtigen Prozeſſe und durch die Appellation, gegen deren Deſertion ſie gegenwärtig Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nachſucht, nur einen ihr ſelbſt perſönlich gegen den Beklagten zuſtehenden Anſpruch, ſo hätte dieſe Rechtswohlthat in dieſem Falle gänzlich verſagt werden müſſen, indem es dazu nicht nur an dem Haupterforderniß, einer justa causa, gänzlich fehlt, ſondern aus dem Anführen ihres Anwalts auch die eigene Fahrläſſigkeit der Klägerin als Urſache der eingetretenen Friſtverſäumung ſich klar herausſtellt. Eine Schuld des Anwalts als Grund der Reſtitution iſt nämlich von dieſem überall nicht geltend gemacht und darf ſchon deßhalb nicht in Betracht gezogen werden; auch liegt eine ſolche nach dem, was er angibt, nicht vor. Denn da er die eingewandte Appellation nicht verfolgen durfte, ehe die Klägerin ihren ſich vorbehalteuen Entſchluß darüber ihm zu erkennen gegeben hatte, dieß aber erſt am 25. März — man erſieht nicht zu welcher Tageszeit — geſchehen iſt, während die Nothfriſt der Appellations-Einführung bereits am 27. März ablief, ſo iſt es mindeſtens völlig zweifelhaft, ob der Anwalt damals auch nur im Stande war, eine Einführungsſchrift mit Submiſſion auf die Voracten oder mit einer Friſtbitte zur Rechtfertigung verbunden, rechtzeitig anher gelangen zu laſſen. Es kommt mithin lediglich darauf an, ob die Klägerin ſelbſt durch Umſtände, welche einen Anſpruch auf Reſtitution geben, abgehalten worden iſt, ihren

Anwalt zeitig genug mit der Verfolgung der Appellation zu beauftragen. Denn in ihrer Perſon als einem Frauenzimmer liegt ein ſolcher Grund nicht, da Frauen ein allgemeiner Anſpruch auf Reſtitution, gleich den Minderjährigen, nicht zuſteht und überdieß ihr Anwalt ihr ſeiner Verſicherung nach in dieſem Falle den Zeitraum, innerhalb deſſen die Einführung der Appellation erfolgen müſſe, beſtimmt angegeben hatte. Nun iſt aber nach der Darſtellung ihres Anwaltes die Klägerin keineswegs durch unüberwindliche Hinderniſſe abgehalten worden, zeitig ihm ihren Entſchluß kund zu thun, ſondern nur, weil ſie, wie ſie ihm ſelbſt erklärt, theils die Zeit gar nicht ſo in Acht genommen, theils wegen der in ihrem Aufenthaltsorte Rödelheim ausgebrochenen Menſchenblattern nicht gewagt hat, nach Frankfurt zu kommen.

Die Klägerin hat hiernach ſelbſt ihre Fahrläſſigkeit in Beziehung auf die einzuhaltende Friſt eingeſtanden. Und man kann auch keineswegs ſagen, daß es eine culpa sine effectu geweſen ſei, weil nämlich mit derſelben die Rückſicht auf die in Rödelheim ausgebrochenen Blattern concurrirt habe, denn ſo wie aus dem Atteſte der dortigen Bürgermeiſterei gar nicht hervorgeht, daß die Epidemie bis zum 25. März gedauert habe, ſo bleibt es völlig ungewiß, wie lange die vorgebliche Beſorgniß der Klägerin ſie abgehalten hat, nach Frankfurt zu gehen, und ob ſie bei gehöriger Beachtung der einzuhaltenden Nothfriſt es nicht lange vor dem 25. März gethan haben würde. Ferner hat ſie gar nicht zu behaupten gewagt, wie es auch an ſich ſehr unwahrſcheinlich iſt, daß eine Abſperrung Frankfurts von Rödelheim während des kritiſchen Zeitraumes Statt gefunden habe, ihre vorgebliche Beſorgniß alſo eine gegründete geweſen ſei, und endlich iſt dieſe auch deßhalb nicht zu beachten, weil die Klägerin gar nicht nöthig hatte, perſönlich nach Frankfurt zu gehen, ſondern ihren Auftrag, die Appellation zu verfolgen, ihrem dortigen Anwalte ſelbſt oder durch einen Anderen ſchriftlich ertheilen konnte.

Nun vertritt aber die Klägerin in dieſem Prozeſſe außer ihren eigenen Anſprüchen auch den Anſpruch ihres unehelichen Kindes auf Alimente. Dieß iſt nämlich ein, weil auf der naturalis

cognatio beruhend, dem Kinde ſelbſt direkt gegen den unehelichen Vater zuſtehender Anſpruch,

Bender, Handbuch des Frankf. Civilprozeſſes §. 76. Not. II. und die daſelbſt angeführten Präjudicate des Ober-Appellationsgerichts.

und zwar nicht bloß dann, wenn er auf die geſetzliche Alimentations-Pflicht deſſelben, ſondern wenn er, wie im gegenwärtigen Falle, auf einem von dem Schwängerer mit der Mutter geſchloſſenen Vertrag gegründet wird, da anzunehmen iſt, daß bei einem ſolchen die Mutter lediglich als Vertreterin des Kindes gehandelt habe. Eigentlich müßten dem unehelichen Kinde zur Verfolgung dieſes Anſpruchs beſondere Vormünder beſtellt werden, und wenn nach der Frankfurter Praxis dieß unterbleibt und die uneheliche Mutter als dazu legitimirt betrachtet wird, ſo darf das Kind darunter nicht leiden, ſondern ihm unbedenklich gegen Verſäumniſſe der Mutter wegen minor aetas Reſtitution gewahrt werden.

Auf dieſen Anſpruch des Kindes bezieht ſich von den gegen das vorige Erkenntniß aufgeſtellten Beſchwerden aber nur die zweite und theilweiſe auch die fünfte, inſofern nämlich dieſe letztere dahin geht, daß nicht auch in Anſehung des Alimentenpunktes dem Erkenntniß des Stadtgerichts die eventuelle Definitive hinzugefügt ſei. Nur zum Behuf der Verfolgung dieſer Beſchwerden war daher der Klägerin die nachgeſuchte Reſtitution zu ertheilen, hinſichtlich aller übrigen aber abzuſchlagen. Denn die einem Minderjährigen zu ertheilende Reſtitution kommt den mitlitigirenden Großjährigen ausnahmsweiſe nur dann zu Gute, wenn entweder ein untheilbarer Gegenſtand vorliegt, oder Jenem allein gar nicht oder doch vollſtändig nur dann geholfen werden kann, wenn die Reſtitution auch auf die Großjährigen mit erſtreckt wird und wo mithin nur die Wahl bleibt, entweder Dieſem mitzuhelfen, oder aber den Minderjährigen ohne Hülfe zu laſſen.

Glück, Erläuter. der Pand. Th. V. Seite 573.

Burchardi, Wiedereinſetzung Seite 585. Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Hoffmann Erben 1843. Sammlung der Entſcheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts in Bremiſchen Sachen I. Seite 25 u. f.

Ein ſolches Verhältniß liegt hier aber gar nicht vor, indem vielmehr die übrigen Beſchwerden und auch die fünfte, ſoweit ſie ſich nicht auf den Alimentations-Punkt bezieht, völlig trennbare Punkte betreffen, mithin hier die Regel eintritt, nach welcher die dem Minderjährigen zu gewährende Reſtitution dem Großjährigen nicht zu Statten kommen ſoll.

L. un. C. si in comm. causa (2, 26).

L. 2. i. f. C. si unus ex pluribus (7, 68).

Uebrigens mußte die Klägerin nach bekannten Grundſätzen in alle Koſten des Reſtitutions-Verfahrens verurtheilt werden.

61.

Christian Franz Eberhardt und die Erben des **Gottlieb Friedrich Winter**, Kläger, wider **Marg. Elisabetha Klein** aus Straßburg, Beklagte.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. Januar 1855.

In Erwägung daß

1) die Beklagte geständig ist, aus dem in ihrem Auftrage abgeschlossenen Vergleich die im § 5 festgesetzte dritte und vierte Ratenzahlung von je fl. 1875 per 1. Februar und 1. Mai v. J. mit Zinsen zu 4 pCt, vom 1. Mai v. J. an den Klägern zu verschulden;

2) die von der Beklagten vorgebrachte Behauptung, daß bei Bestimmung jener Termine von ihr dem Bevollmächtigten der Kläger erklärt worden sei, daß, wenn wider alles Vermuthen der Eingang von Ausständen und eine durch Privatverkäufe beabsichtigte Verwerthung von Kunstgegenständen der Carl Theodor Trackert'schen Verlassenschaft sich dermaßen in die Länge ziehen sollte, daß nicht alle Termine pünktlich eingehalten werden könnten, alsdann in so lange Nachsicht stattfinden müsse, bis die Zahlung des Restes je nach Umständen mit Einmal oder successiv durch solche Realisirung bewirkt werden könne — weder als bedingte Zustimmung zu den stipulirten Zahlungsterminen gelten kann, da nach der von der Beklagten diesem Vorbehalte beigelegten Bedeutung der Eintritt der Zahlungstermine lediglich in ihre Willkür gelegt sein würde, noch als Einrede begründet ist, indem, wenn auch von Seiten des klägerischen Bevollmächtigten dieser Vorbehalt stillschweigend angenommen worden wäre, diese Nebenverabredung doch nur den Sinn haben könnte, daß der Beklagten, wie aus deren eigenen Auffassung auf Seite 4 ihrer Schlußerklärung hervorgeht, für den Fall Nachsicht gestattet werden solle, wenn ohne ihr Verschulden

sich der Eingang von Ausständen und der Privatverkauf des erforderlichen Theiles von Kunstgegenständen in die Länge ziehen würde, nun aber die Beklagte Nichts anzuführen vermochte, wodurch sie behindert gewesen sei, die Ausstände einzuziehen und die Kunstgegenstände zu veräußern;

3) das unrichtiger Weise als Einrede bezeichnete Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unbegründet ist, da die Beklagte weder einen rechtlichen Restitutionsgrund, noch das zu behaupten vermag, daß sie durch den Abschluß des Vergleichs, gegen welchen sie restituirt sein will, eine Laesion erlitten habe, während eine solche in dem behaupteten Mangel an Zahlungsmitteln zur Berichtigung der Vergleichssumme nicht gefunden werden kann;

wird für Recht erkannt:

Beklagte ist schuldig, den Klägern binnen 14 Tagen die Summe von fl. 3750 nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 1. Mai 1854 an zu bezahlen und die Streitkosten zu erstatten.

Auf Appellation der Beklagten wurde obiges Erkenntniß durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 21. März 1855 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 9. Juli 1855 bestätigt, und zwar von Letzterem unter Verfällung des Anwalts der Appellantin in eine Strafe von 10 Thlr. Lüb. Courant wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Beklagte verlangt mittelst ihrer ersten Beschwerde voriger und jetziger Instanz die Aufhebung der in den beiden ersten Erkenntnissen wider sie ergangenen Verurtheilungen und die Zulassung zum Beweise der von ihr in der Vernehmlassung Seite 2 bis 4 vorgeschützten Einrede. Dieses Verlangen mußte für unbegründet erachtet werden. Die Beklagte hatte sich durch ihren gehörig legitimirten Bevollmächtigten am 3. Mai 1853 unbedingt zu einer ratenweise zu leistenden Bezahlung der Vergleichssumme von fl. 7500 in dem (7) ersichtlichen schriftlichen Document verpflichtet. So unwahrscheinlich es nun gleich an sich gefunden werden mag, daß Parteien, welche sich in Ansehung weitläufiger Geschäftsverbin-

Digitized by Google

dungen auseinanderſetzen und das Reſultat ihrer Vereinbarungen in einer Urkunde niederlegen, neben deren Inhalt noch mündliche, mit jener nicht im Einklang ſtehende juriſtiſch bindende Verabredungen getroffen haben ſollten, ſo kann gleichwohl nach gemeinem Rechte das Nebeneinanderbeſtehen eines ſchriftlichen und eines denſelben modificirenden mündlichen Vertrages nicht in Abrede geſtellt werden. Es genügt jedoch zur Liquidſtellung des letzteren nicht die Behauptung und der Beweis, daß eine der Parteien das Document unter einem einfachen mündlichen Vorbehalt unterzeichnet habe, ſondern es muß die Behauptung und der Beweis hinzutreten, daß der gedachte mündliche Vorbehalt von der andern Partei angenommen worden ſei. Nun ſind aber die Angaben der Beklagten in der Vernehmlaſſung ſchon darin mangelhaft, daß die Annahme des von ihr behaupteten mündlichen Vorbehalts abſeiten des Bevollmächtigten der Kläger unerwähnt geblieben iſt. Wollte man indeſſen auch die auf klägeriſche Rüge in der Duplikſchrift Statt gehabte Nachholung, jener Vorbehalt ſei von dem klägeriſchen Bevollmächtigten ſtillſchweigend angenommen, für zuläſſig erachten, ſo ſteht gleichwohl die Richtigkeit dieſer Auffaſſung mit dem von der Beklagten ſelbſt vorgetragenen und zugeſtandenen Hergang der Vergleichsverhandlungen entſchieden im Widerſpruch. Schon vor dem letzten Zuſammentreten der Bevollmächtigten will der Anwalt der Beklagten dem gegneriſchen erklärt haben, daß die Abbürdung der Schuld ſeiner Auftraggeberin von dem Eingang der Ausſtände und der Realiſirung eines Privatverkaufs der Kunſtgegenſtände abhängig, mithin inſoweit dem Ermeſſen der Beklagten anheimgeſtellt bleiben müſſe. Wenn nun der Anwalt der Kläger deſſenungeachtet dem der Beklagten die Beſtimmung der Zahlungsfriſten mit den Worten überlaſſen hat: „Beſtimmen Sie ſelbſt die Termine, aber ſo, daß ſie eingehalten werden können, denn meine Auftraggeber ſchließen den Vergleich nicht ab, um die alte Hängerei fortzuſetzen,“ und demgemäß der Bevollmächtigte der Beklagten die Zahlungsfriſten beſtimmt hat, und dieſelben nach dieſer Beſtimmung in die Vergleichsurkunde aufgenommen ſind, ſo vermag ein Stillſchweigen des Anwalts der Kläger auf eine ſpäter, wenn gleich vor der Unterſchrift von der Beklagten erfolgte Wiederholung jenes Vorbehalts den Klägern überall nicht zu präjudiciren, da ihr Anwalt

nicht verpflichtet war, nachdem er sich zuvor deutlich ausgesprochen hatte, solches abermals zu thun.

Sein Stillschweigen ist also um so weniger geeignet, als Einverständniß mit den angeblichen gegnerischen Aeußerungen angesehen zu werden, als der Anwalt der Beklagten ohne jeden weiteren schriftlichen Vorbehalt hierauf die schriftliche Urkunde vollzogen hat. Gleich grundlos ist

die zweite Beschwerde der Beklagten in voriger und gegenwärtiger Instanz über die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die in dem Vergleichsdocument festgestellten beiden letzten Zahlungstermine. Denn

1) eine derartige partielle Restitution ist völlig unzulässig. Eine totale würde es nicht minder sein, da

2) irrige Voraussetzungen in Ansehung der Folgen eines abzuschließenden Rechtsgeschäfts abseiten eines gehörig Bevollmächtigten kein Restitutionsgrund für den Auftraggeber wider das von Jenem abgeschlossene Geschäft sind. Daß aber

3) ein Irrthum der Partei selbst, sogar einer Frau, in Ansehung der Möglichkeit, die übernommenen Verbindlichkeiten realisiren zu können, kein zutreffender Restitutionsgrund für dieselbe sei, bedarf keiner Auseinandersetzung. Ebenso klar ist

4) daß der Vermögensverlust, welchen eine Partei dadurch erleiden kann, daß ihr werthvolles Eigenthum zu ungünstiger Zeit veräußert werde, um sie in den Stand zu setzen, ihren mittelst eines rechtsbeständigen Geschäftes übernommenen Verbindlichkeiten zu entsprechen, sich nicht als eine aus jenem Geschäfte für sie hervorgehende Verletzung auffassen lasse.

Die Verurtheilung der Beklagten in sämmtliche Kosten des Rechtsstreites ist eine Folge des Ungrundes ihrer Beschwerden. Zugleich aber war der substituirte Anwalt der Beklagten, da er die in den Gründen zum vorigen Erkenntniß ihm beigemessene Prozeßverschleifung noch in gegenwärtiger Instanz fortgesetzt hat, wie aus dem Urtheil ersichtlich, in Strafe zu nehmen, von einer solchen aber wider die Partei selbst, eine Frau, welche der Rechtserfahrenheit ihres Anwaltes vertrauen durfte, abzusehen.

62.

Louis Kappé aus Bockenheim, Kläger, wider **Jean Noé du Fay**, Beklagten, Forderung von fl. 2592 für rückständigen Jahrgehalt, jetzt geführten Beweis betreffend.

Vorbemerkung.

Dem Kläger war durch rechtskräftiges Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 23. October 1854 der Beweis folgender, den Grund seiner Klage bildenden Behauptungen auferlegt worden:

1) „Der Beklagte habe ihm, dem Kläger, im Monat September 1840 die von diesem angenommene Zusage gemacht, falls er, Beklagter, von seiner damaligen Krankheit wiederhergestellt werde — Kläger möge in seinen Diensten bleiben oder nicht — den gleichen Gehalt, welchen derselbe damals bezogen, lebenslänglich zu gewähren;
2) „der monatliche Gehalt Klägers habe damals mit Ausschluß der Verköstigung fl. 36 betragen;
3) „diese Zusage sei von dem Beklagten in dem Sinne gemacht worden, daß der lebenslängliche Gehalt auch in dem Falle fortentrichtet werden solle, wenn der Kläger seinerseits freiwillig den Dienst des Beklagten verlassen werde."

Nach beendigtem Beweisverfahren erging folgendes

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. Januar 1855.

In Erwägung daß

1) die drei abgehörten Zeugen den Inhalt des ersten Beweissatzes bis auf die klägerische Annahme der Zusage des Beklagten bewahrheitet haben, daß

2) was den zweiten Beweissatz anbelangt, Beklagter bereits in der Vernehmlassung eingeräumt hat, daß der damalige Gehalt des Klägers fl. 30 monatlich neben der Verköstigung betragen habe,

während wegen des von dem Kläger behaupteten Mehrbetrags von fl. 6 von demſelben dem Beklagten nur der Eid zugeſchoben worden iſt, daß

3) die abgehörten Zeugen über den Inhalt des dritten Beweisſatzes keine Ausſagen gethan haben, und daß

4) daher rückſichtlich der Annahme der Zuſage des Beklagten von Seiten des Klägers, ſowie wegen des Mehrbetrags deſſen Gehalts von fl. 6 und des dritten Beweisſatzes nur der dem Beklagten zugeſchobene und von demſelben unter dem Vorbehalt der Zurückſchiebung angenommene Eid erübrigt:

wird zu Recht erkannt:

I. Würde Beklagter, wenn er die ihm zugeſchobenen betreffenden Eide nicht zurückſchieben ſollte, in der hiermit unter Androhung des Rechtsnachtheils der Eidesverweigerung auf Mittwoch den 31. Januar l. J. vorberaumten Tagfahrt eidlich erhärten

entweder: daß, als er dem Kläger im Monat September 1840 zugeſagt, wenn er von ſeiner damaligen Krankheit hergeſtellt werde, ihm, dem Kläger, möge derſelbe in ſeinen Dienſten bleiben oder nicht, ſeinen damaligen Gehalt lebenslänglich zu gewähren, der Kläger dieſe Zuſage nicht angenommen habe,

oder: daß er dem Kläger die Zuſage nicht dahin gemacht habe, daß derſelbe ſeinen Gehalt auch in dem Falle fortbeziehen ſolle, wo er, Kläger, freiwillig ſeinen, des Beklagten, Dienſt verlaſſen werde.

II. Schwört Beklagter einen oder den andern der vorbemerkten Eide, ſo ſoll Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewieſen, auch zum Erſatz der Streitkoſten erſter Inſtanz verurtheilt ſein.

III. Im Fall, wo Beklagter keinen der beiden gedachten Eide leiſtet, hat derſelbe zu beſchwören, daß der Gehalt des Beklagten (rect. Klägers) zur Zeit der demſelben dieſerhalb gemachten Zuſage nur fl. 30 — oder wie viel mehr bis zu fl. 36 — betragen habe.

IV. Schwört Beklagter dieſen Eid, ſo iſt derſelbe ſchuldig, dem

Kläger die nach dem beſchworenen Betrage für den Zeitraum vom 15. Juli 1847 bis dahin 1853 ſich ergebende Geſammtſumme deſſen Gehaltes nebſt Verzugszinſen zu 5 pCt. vom Tage der Inſinuation der Klage zu bezahlen, auch $^{11}/_{12}$ der Streitkoſten erſter Inſtanz zu erſetzen, wogegen

V. Beklagter, wenn er auch den letztgedachten Eid nicht ableiſtet, ſchuldig ſein ſoll, dem Kläger die Summe von fl. 2592, nebſt Verzugszinſen zu 5 pCt. vom 10. Mai 1854 zu bezahlen und die ſämmtlichen Streitkoſten erſter Inſtanz zu erſetzen.

Auf Appellation des Klägers wurde vorſtehendes Erkenntniß durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 26. März 1855 und des Ober-Appellationsgerichts vom 13. Juli 1855, unter Verfällung des Appellanten in die Koſten beider Inſtanzen beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

— — da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, vielmehr die Verwerflichkeit ſämmtlicher Beſchwerden des Klägers klar vorliegt, indem

1) zwar die Ertheilung der den Grund der Klage bildenden Zuſage des Beklagten in der Maaßen, wie ſolches durch das rechtskräftige Interlocut des Appellationsgerichts vom 23. October 1854 zum Beweiſe verſtellt worden, formell für vollſtändig erwieſen erachtet werden darf, nachdem Beklagter ſich bei dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 10. Januar deſſelben Jahres, welches bis auf die klägeriſche Annahme der beklagtiſchen Zuſage den erſten Beweisſatz für erbracht erklärte, beruhigt hat, dagegen

2) weder die Annahme gedachter Zuſage für ſtillſchweigend zugeſtanden, wie Appellant vermeint, gelten kann, weil Beklagter excipiendo überhaupt die Ertheilung des von dem Kläger behaupteten Verſprechens in Abrede ſtellte und damit, zumal er dabei die in der Klagſchrift nur nebenher und in einem Zwiſchenſatze vorkommende Aeußerung, es ſei dieß Verſprechen dankbar angenommen worden,

ausdrücklich wiederholte, auch die Acceptation für geläugnet zu erachten war, noch auch der Einwand des Appellanten, es ſetze die Art, wie Beklagter ſich nach den Zeugenausſagen über ſeine Intentionen in Betreff des Klägers geäußert habe, die Acceptation der Zuſage als erfolgt voraus und weiſe darauf auch die ganze Sachlage hin, für zutreffend zu erachten iſt, außerdem auch dieſer Einwand wie das etwaige Bedenken, ob es nach Natur und Inhalt des in Frage ſtehenden Verſprechens ausdrücklicher Acceptation bedurft hätte, ſelbſt dann, wenn ſie für erheblich und begründet zu halten wären, nicht weiter dem rechtskräftigen Beweisinterlocute gegenüber in Betracht kommen könnte, welches in dem erſten Beweisſatze ausdrücklich die Zuſage, als, „von dieſem (scil. dem Kläger) angenommen," bezeichnete und nur für den Fall, wenn „ihrem vollen Umfange nach" die in den Beweisſätzen zuſammengefaßten „thatſächlichen Behauptungen" des Klägers erwieſen zu werden vermöchten, die Klage für begründet erklärte, damit aber anerkannt und definitiv feſtgeſtellt hat, daß für die Acceptation der Zuſage ein äußerer und poſitiver Beweis, an welchem es gänzlich fehlte, beigebracht werden müſſe, indem ferner

3) gedachtes Interlocut durch copulative Beifügung des dritten, auf den Sinn jener Zuſage bezüglichen Beweisſatzes entſchieden ausgeſprochen hat, es könne zur Begründung des klägeriſchen Anſpruchs nicht genügen, wenn auch erweislich der lebenslängliche Fortbezug des Gehaltes für den Fall einer Wiederherſtellung Beklagtens mit der Modalität zugeſagt wäre, daß es nicht darauf ankommen ſolle, ob Kläger in deſſen Dienſten bleibe oder nicht, vielmehr müſſe daneben noch in dem Sinne und für den Fall die Zuſage als ertheilt nachgewieſen werden, wenn Kläger ſeinerſeits freiwillig, wie unbeſtritten geſchehen iſt, den Dienſt des Beklagten verlaſſen würde, nun aber zu dieſem dritten und vor Allem entſcheidenden Beweisſatze ſämmtliche Zeugen, auch auf die ihnen deßfalls noch

beſonders gemachten Fragen ſich mit Nichtwiſſen erklärt haben, ſonach für dieſe Copulative, bis auf die in omnem eventum zur Hand genommene Eidesdelation, der Beweis mit gleich gutem Grunde, wie bezüglich der Acceptation der Zuſage für ganz verfehlt erklärt worden iſt, indem endlich

4) die Frage, wie hoch ſich der damalige Jahresgehalt Klägers belaufen habe für den Fall, wenn Beklagter eidlich erhärtet, es ſei die Zuſage entweder überall nicht acceptirt, oder doch nicht in obigem Sinne gemeint geweſen und ertheilt worden, alle Bedeutung verliert, hierüber daher mit Recht nur eventuell vom Stadtgerichte auf den Schiedseid erkannt worden iſt und im Uebrigen die deßfallſige Eidesauflage, abgeſehen von dem untergelaufenen Schreibfehler, daß darin von einem Gehalte des Beklagten ſtatt des Klägers die Rede iſt, bezüglich ihrer Faſſung ſo wenig als an ſich zu beanſtanden iſt, weil, wenn auch der Baarbezug Klägers bis auf die Höhe von fl. 30 eingeräumt worden und für die gleichfalls geſtändigermaaßen demſelben daneben zu Theil gewordene freie Beköſtigung ein monatlicher Betrag von nur fl. 6 allem Anſcheine nach niedrig gegriffen iſt, doch über das, was Kläger an Koſt erhalten, resp. zu fordern gehabt habe, viel zu wenig in den Acten vorliegt, um ohne Weiteres gedachten Mehrbezug für vollſtändig conſtatirt und jedes deßfallſiges Eides-Anſinnen an Beklagten für überflüſſig und bedenklich zu erklären oder als dem Kläger präjudicirlich zu beſeitigen;

ſo erkannt — —

63.

Philipp Nicolaus Schmidt, Kläger und Widerbeklagter, wider die Handlung **Eichthal, Frommel & Comp.** in Liquidation zu Augsburg, Beklagte und Widerklägerin, wegen Forderung und Gegenforderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. Februar 1854.

In Erwägung daß

— — — — — — — — —

2) die Einrede des incompetenten Gerichtsstandes sofort zu verwerfen ist, da die verpfändeten Gegenstände sich hier befinden und somit auch die auf deren Einlösung gerichtete Klage vor den hiesigen Gerichtsbehörden angestellt werden konnte, daß

3) die klagende Handlung in Folge des Art. VIII und IX des am 15. Februar/14. April 1840 mit Freiherrn David von Eichthal abgeschlossenen Vertrags diesem einen Credit von fl. 50,000 gegen Hinterlegung von in diesem Vertrage erwähnten Partial-Obligationen im Nominalbetrag von fl. 70,000 eröffnet gehabt hatte, wonach das Haus David von Eichthal in Carlsruhe oder St. Blasien sowohl, als die beklagte Handlung befugt sein solle, in dem entsprechenden Betrag auf die klagende Handlung unter jeweiliger Ergänzung der fraglichen von dieser umzusetzenden Obligationen zu trassiren, daß

4) hieraus und aus dem klägerischer Seits anerkannten Inhalt des Contocorrents, sowie der Briefe hervorgeht, daß die beklagte Handlung nur als von Freiherrn David von Eichthal ermächtigt und angewiesen anzusehen ist, den vorher erwähnten Credit zu benutzen, um auf die klagende Handlung Tratten abzugeben, daß

5) die hiernach von der Letzteren geleisteten Vorschüsse nicht der beklagten Handlung, sondern dem Freiherrn David von Eichthal,

beziehungsweise deſſen Handlung geſchehen ſind, und ſomit auch nicht die beklagte Handlung hierfür in Anſpruch genommen werden kann, daß

6) demzufolge die Einrede des unrecht gewählten Beklagten begründet und gerechtfertigt erſcheinen würde, wenn nicht die Klägerin in der Replik entgegnet gehabt hätte, daß nach einer beſonderen zwiſchen ihr und der beklagten Handlung abgeſchloſſenen Uebereinkunft die Beträge der von dieſer auf ſie gezogenen und von ihr eingelöſten Tratten als der Beklagten vorgeſchoſſen zu betrachten ſeien und Letztere die Klägerin hierfür je durch die fraglichen von Eichthal'ſchen Obligationen zu decken haben ſollte, was bei dem Widerſpruche der Beklagten die Klägerin zu beweiſen haben wird, daß

7) für den Fall der Erbringung dieſes Beweiſes die Beklagte, welche die Richtigkeit des eingeklagten Contocorrents nicht verabredet hat, der Klagbitte gemäß zu verurtheilen iſt, daß

8) was die Widerklage anbelangt, nach dem angezogenen Vertrage Klägerin und Widerbeklagte zwar der Beklagten und Widerklägerin für die von dieſer auf ſie gezogenen Wechſel bis zum Betrage von fl. 50,000 aufzukommen hat, nicht aber ohne Weiteres deren Schuldnerin für dieſen Betrag geworden iſt, und daß

9) ſelbſt hiervon abgeſehen die Beklagte nicht befugt ſein würde, für den nicht durch ihre Tratten erſchöpften Reſt der vorerwähnten Summe die Klägerin annoch in Anſpruch zu nehmen, nachdem die Vorausſetzung und ſtillſchweigende Bedingung, unter welchen ſie, die Klägerin, ſich zu dem fraglichen Credit verſtanden gehabt, durch die beklagter Seits nicht beſtrittene in der Zwiſchenzeit eingetretene Entwerthung der von Eichthal'ſchen Obligationen weggefallen war, wonach dann die Widerklage ſich als in jeder Hinſicht unbegründet herausſtellt,

wird zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — —

II. Die Klägerin wird mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewieſen, ſie könnte denn binnen 14 Tagen vorbehältlich des Gegenbeweiſes rechtsgenügend darthun, daß

zwiſchen ihr und der Beklagten eine beſondere Uebereinkunft dahin abgeſchloſſen worden ſei, daß die Beträge der von dieſer auf ſie gezogenen und von ihr eingelöſten Wechſel als der Beklagten vorgeſchoſſen zu betrachten ſeien und Letztere ſie, die Klägerin, hierfür je durch die fraglichen von Eichthal'ſchen Obligationen zu decken haben ſolle,

worauf anderweite rechtliche Verfügung erfolgen ſoll.

III. Die Widerklägerin wird mit der Widerklage ab- und zur Ruhe gewieſen. — —

Auf Appellation der Beklagten wurde vorſtehendes Erkenntniß durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 26. Mai 1854 und des Ober-Appellationsgerichts vom 13. September 1855, unter Verfällung der Appellantin in die Koſten beider Inſtanzen beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die beklagtiſche Anfechtung des Appellationsgerichtlichen Erkenntniſſes vom 26. Mai 1854 konnte nicht anders als grundlos erachtet werden.

Anlangend

1) die wegen Verwerfung der Exceptio fori aufgeſtellte Beſchwerde, ſo kann die Competenz der Frankfurter Gerichte in demjenigen Umfange, in welchem dieſelbe von den unteren Inſtanzen anerkannt worden iſt, keinem Bedenken unterliegen.

Der Kläger hatte bei ſeinen in erſter Inſtanz geſtellten Anträgen einigermaßen zweifelhaft erſcheinen laſſen, ob er nur die Pfandklage Behufs Befugung zum öffentlichen Verkauf der in ſeinem Beſitze befindlichen Obligationen habe anſtellen oder ob er das geſammte, zwiſchen ihm und dem Beklagten beſtehende Rechnungsverhältniß zum Gegenſtande der richterlichen Entſcheidung habe machen wollen. Das Stadtgericht hat hierauf die Klage als in dem vorbemerkten geringeren Umfange angeſtellt behandelt und in Betreff der ſo aufgeſtellten Klage die Competenz der Frankfurter Gerichte anerkannt (verbis: „die auf Einlöſung der

verpfändeten Gegenstände gerichtete Klage habe vor den Frankfurter Gerichtsbehörden angestellt werden können“). —

Da hiergegen von dem Kläger kein Rechtsmittel ergriffen ist, so kommt es bei der gegenwärtigen Sachlage nur in Frage, ob die Anerkennung der Competenz in Betreff der erhobenen Pfandklage mit Grund von den Beklagten angefochten wird.

Dies ist zu verneinen, da nach den Grundsätzen vom forum rei sitae in Verbindung mit den Bestimmungen der Reformation II. 17. 11. des Art. 54 der Wechsel-Ordnung und des Gesetzes vom 20. April 1830 der Auswärtige verpflichtet ist, seinen Frankfurter Gläubigern, abgesehen von etwanigen sonstigen Begründungen der Competenz vor den Gerichten zu Frankfurt, jedenfalls in so fern Rede zu stehen, als der Gläubiger Pfänder oder andere zu seiner Befriedigung zu verwendende Gegenstände im Besitze hat und auf Ermächtigung zum Verkaufe derselben anträgt.

Vergl. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß in Sachen: Graf Geldern ca. Flersheim — März 1855. *)

Ein Bedenken bei der Anerkennung der Competenz in der vorbemerkten Richtung würde allerdings dann in dem vorliegenden Falle bestehen, wenn die Behauptung der Beklagten als begründet anzusehen sein sollte, daß die Obligationen, deren Verkauf den Zweck des eingeleiteten Verfahrens bildet, nicht mehr im Besitze des Klägers seien. Allein nicht nur hat der Kläger dieser Aufstellung der Beklagten ein bestimmtes Läugnen entgegengesetzt, sondern es erhellet aus den übereinstimmenden Angaben beider Theile, daß, wenn der Kläger die Obligationen bereits verkauft haben sollte, dieß aus dem besonderen Grunde hier unpräjudicirlich gewesen sein würde, weil eine Uebereinkunft zwischen den Parteien pendente lite geschlossen ist, zufolge welcher der Kläger die Obligationen salvo jure hätte verkaufen dürfen.

Der etwa geschehene Verkauf wäre dann statthafter Weise anticipirt worden und die Wirkung eines den Klägern zum Verkaufe befugenden Erkenntnisses würde darin bestehen, demselben einen

*) Vergleiche diese Sammlung Band II. Seite 71 folg.

Belauf definitiv zuzusprechen, den er jetzt nur interimistisch im Besitz hatte.

2) Die zweite Beschwerde der Beklagten betrifft die dem Kläger von den unteren Instanzen noch verstattete Beweisführung. — —

Nun würde es nicht gerechtfertigt erscheinen können, dem Kläger den Beweis, welchen das Stadtgericht ihm auferlegt und resp. verstattet hat, abzuschneiden. Denn, wenn auch, unter Zugrundelegung des von beiden Theilen in Bezug genommenen Schmidt-David von Eichthal'schen Contractes vom Jahr 1840 bis auf Weiteres angenommen werden muß, daß die beklagtischen Ziehungen als in Folge des von dem Kläger dem David v. Eichthal eingeräumten Credits geschehen zu behandeln sind und mithin nur den Letzteren, nicht aber die (nur als Banquier desselben fungirenden) Beklagten obligirt haben, so ist doch eine anderweitig zwischen den Parteien des vorliegenden Prozesses geschlossene Uebereinkunft, zufolge welcher die Beklagten Debitoren der in Rede stehenden Tratten-Beläufe hätten werden sollen, keineswegs unmöglich.

Da nun der Kläger schon bei der Klagstellung die Behauptung vorgebracht hat, daß die den Beklagten in's Debet gestellten Summen „in Folge getroffener Uebereinkunft ihnen vorgeschossen und von ihnen mit 4 pCt. zu verzinsen gewesen seien," und da in der Replik pag. 13 mit Bestimmtheit die Angabe gemacht worden ist „die Wechsel seien für Rechnung der Beklagten gezogen und für ihre Rechnung seien auch die Obligationen deponirt," ferner „das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien gründe sich nicht auf den v. Eichthal'schen Vertrag (von 1840)," so ist dasjenige Factum, welches dem Kläger zum Beweise verstellt worden ist, mit ausreichender Bestimmtheit geltend gemacht, um eine Beweisauflage zu motiviren.

Wenn die Beklagten das Vorhandensein einer unstatthaften libelli mutatio behaupten, eventualiter geltend zu machen suchen, daß ein vollständiger Gegenbeweis gegen den im Beweissatze angegebenen Umstand vorliege, so ist ihnen hierin nicht beizustimmen. Denn anlangend zunächst die Behauptung der libelli mutatio, so ist, wie bereits bemerkt, schon in der Klage das Wesentliche der

in Betracht kommenden Anführung vorgetragen worden, und das replicariſche Vorbringen hat nur eine nähere Erläuterung des betreffenden Inhaltes der Klage enthalten. Ueberdieß haben ſich die Beklagten ohne Widerſpruch auf die Replik in deren hier beſprochenem Theile eingelaſſen, ſo daß ſelbſt im Falle einer wirklichen Klage-Aenderung der hierin liegende Mangel beſeitigt erſcheinen würde. — Anlangend ferner die Behauptung, daß ein vollſtändiger Gegenbeweis vorliege, ſo läßt es ſich freilich nicht verkennen, daß der David v. Eichthal'ſche Contract vom Jahre 1840 und die von den Beklagten beigebrachten Schreiben im Gegenbeweiſe dienlich ſein werden, allein eine durchgreifende und das Sachverhältniß klar im Sinne der beklagtiſchen Auffaſſung erledigende Bedeutung iſt ihnen, mindeſtens jetzt ſchon, deßhalb nicht beizulegen, weil es erſt nach der im Beweisverfahren zu beſchaffenden näheren Darlegung der klägeriſchen Angaben möglich ſein wird, die Gegenbeweiskraft jener Producta vollſtändig zu beurtheilen. Selbſtverſtändlich wird es den Beklagten freiſtehen, ſich jener Belege im Beweisverfahren zu bedienen oder mitzubedienen.

Endlich gibt auch

3) die Verwerfung der Widerklage den Beklagten keine Veranlaſſung zu einer begründeten Beſchwerde.

Die Widerklage iſt auf den David von Eichthal'ſchen Contract vom Jahre 1840 geſtützt. Die Beklagten haben nämlich für den Fall, daß dem Kläger die Befugniß zugeſprochen werden ſollte, die in Veranlaſſung jenes Contractes geſchehenen Ziehungen, als ſie, die Beklagten, obligirend zu behandeln, ihrerſeits das Recht in Anſpruch genommen, dann auch für ſich die Leiſtungen zu fordern, deren Beſchaffung dem Kläger zufolge des Art. 8 jenes Contractes obgelegen habe. Hieraus ergibt ſich, daß die Widerklage weſentlich einen nur eventuellen Charakter hat, und zwar, daß ſie abhängig iſt von derjenigen Entſcheidung, welche in Betreff der erwähnten obligatoriſchen oder nicht obligatoriſchen Wirkung des gedachten Contractes abgegeben wird.

Dieſe Entſcheidung iſt nun zu Gunſten der Beklagten erfolgt, indem der von Eichthal'ſche Contract als nicht geeignet behandelt worden iſt, die Beklagten dem Kläger gegenüber zu verpflichten,

der Kläger vielmehr nur für den Fall, daß er eine zwiſchen ihm und den Beklagten getroffene „beſondere“ Uebereinkunft ſollte beweiſen können, zu Geltendmachung ſeines Klaganſpruches für berechtigt erachtet wird. Hiermit erledigt ſich zugleich die formelle Vorausſetzung der Widerklage, und wird auch die materielle Grundlage derſelben beſeitigt.

Der

4te Beſchwerdepunkt fällt mit dem übrigen beklagtiſchen Anbringen von ſelbſt hinweg. Der Kläger, welchem in erſter Inſtanz noch ein Beweis nachzulaſſen war, konnte nicht in die dort erwachſenen Koſten verurtheilt werden. Und bei der Grundloſigkeit der Appellation der Beklagten trafen dieſelben mit Recht die Koſten zweiter Inſtanz, wie nicht minder ihnen diejenigen der gegenwärtigen Inſtanz aufzulegen ſind.

64.

Dr. Mumm als Curator und Contradictor der Debitmaſſe von **Carl Friedrich Schmidt** und deſſen Ehefrau **E. Ch.**, geb. Wetzel, Beklagten, jetzt Imploranten wider **L. H. F.**, Klägern, jetzt Imploraten, wegen Vindication von Mobilien, jetzt Reſtitution gegen frühere Erkenntniſſe betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. September 1855.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten des eingewandten außerordentlichen Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber, wie hiermit geſchieht, Imploraut mit ſeinen unbegründeten Reſtitutionsanträgen, unter Verurtheilung in die dadurch veranlaßten Koſten zurückzuweiſen ſei, und es bei dem angefochtenen Erkenntniſſe des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Januar 1854 *) lediglich ſein Bewenden behalte.

Entſcheidungsgründe.

Das wider das Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 28. Januar 1854 gegenwärtig vom Curator der Schmidt'ſchen Debitmaſſe zur Hand genommene außerordentliche Rechtsmittel der Reſtitution war, ſoviel

I. die hierbei zu beobachtenden Friſten und Förmlichkeiten anbelangt, nicht zu beanſtanden. Denn

1) die hierfür im § 181 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung vorgeſchriebene nur achtwöchentliche Friſt, von der Zeit an, wo von dem Reſtitutionsgrunde Kenntniß erlangt worden, welche

---

*) Siehe Band I. Seite 98 folg.

vorliegend, da Implorant die in seiner jetzigen Eingabe erwähnten Mittheilungen des Cridars noch im Verlaufe des Jahres 1854 erhalten haben muß, abgelaufen wäre, findet weder überhaupt da, wo es sich um die prätorische Restitution gegen richterliche Erkenntnisse handelt, noch insbesondere in Frankfurter Rechtssachen nach

§ 186 und 187 der O. A. G. Ordn.

Anwendung. Wie dort die gemeinrechtlichen Fristen eintreten, so braucht in Frankfurt nach

§ 15 sub A. 2c der Provocat. Ordn. vom 22. Juli 1788

auch das Restitutionsgesuch in capite repertorum novorum innerhalb 4 Jahren vom Tage ihrer Auffindung an angezeigt zu werden. Es kann der hier vorliegende Antrag sonach für defert unter keinen Umständen erachtet werden. Nicht minder ist

2) da Dr. Mumm den von ihm als Concurs-Curator gegen F. fortgesetzten Prozeß selbst führt und die Qualität des Implorauten und Advocatus causae sonach in sich vereinigt, dem wegen Erbietens zum Restitutions-Eide in

§ 15 cit. sub 2d ibid.

aufgestellten Erfordernisse durch die

pag. 39 in fin. des Libells

ersichtliche Erklärung vollständig genügt worden.

II. Auch an der für jede Art der Restitution wesentlichen Voraussetzung einer Läsion würde es nicht fehlen, wenn wirklich, wie Implorant behauptet, ein Theil des im Laufe des Prozesses unter allseitigem Einverständnisse an den Gasthof-Pächter Mevi zu fl. 15,550 verkauften Mobiliars überall nicht zu demjenigen gehört hätte und gerechnet werden könnte, welches Implorat durch den Kaufvertrag vom 21. Juni 1841 für die Summe von fl. 12,000 an sich gebracht, erst von den Schmidt'schen Eheleuten, dann gegen die Masse mittelst Vindication verlangt hätte, und an dessen Stelle ihm die obige inzwischen von Mevi eingezahlte Kaufsumme von fl. 15,550 als Aequivalent und Erlös des ursprünglichen Klagobjects durch das jetzt angefochtene Erkenntniß zuerkannt, auch auf Grund desselben ausgezahlt worden ist. Es wird jedoch über dieß Vorhandensein einer Läsion keiner Ausführung bedürfen, vielmehr

kann unter der Bemerkung, daß zwar der zu fl. 4228 47 kr. berechnete Betrag des für die Maſſe angeblich erwachſenen Schadens für liquid noch keineswegs, wie Imploraut vermeint, zu erachten wäre, daß jedoch für die Zulaſſung des Reſtitutions-Geſuchs es ſchon genügen muß, wenn nur nicht der Mangel jedweder Läſion von vornherein in's Klare geſtellt iſt, ein bloßer Hinweis auf die vom Imploranten deßfalls gemachten Ausführungen und Angaben im Allgemeinen genügen. Denn es ſtehen

III. der Berückſichtigung der implorantiſchen Reſtitutions-Anträge jedenfalls folgende Gründe entſcheidend entgegen:

A. Die geſammte Deduction Implorantens gehet dahin, daß er

1) nach den vor ſeinem Eintritt in die Prozeß-Verhandlungen erwachſenen Acten angenommen habe und hätte annehmen müſſen, es habe ſich der Mobiliar-Verkauf an F. vom Jahre 1841 auf die geſammte im Weidenbuſch befindliche Mobiliarſchaft ebenſo erſtreckt, wie dieß bei dem ſpäteren Verkaufe an Mevi der Fall geweſen, und das an Letzteren übergegangene Mobiliar ſei mit jenem an F. verkauften, von dieſem vindicirten identiſch, ſonach auch an die Stelle dieſes Vindications-Objects der dort gemachte Erlös von fl. 15,550 als Aequivalent getreten; daß

2) nur auf Grund dieſer Annahme allein ſowohl vom Imploranten bei der im October 1849 erfolgten Wiederaufnahme des Schmidt-F.'ſchen Hauptprozeſſes für den Fall, wenn der Verkauf vom Jahre 1841 als gültig und wirkſam anerkannt werden ſollte, zugeſtanden, als auch demnächſt durch das Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 28. Januar 1854 ausgeſprochen worden ſei, es gebühre Jenem die volle Summe von fl. 15,550, nebſt allen daraus gewonnenen Zinſen; daß jedoch

3) gegenwärtig jene Identitäts-Annahme ſich als unbegründet und auf Irrthum beruhend erwieſen habe, indem eine nähere Vergleichung des dem F.'ſchen Kaufcontracte vom Jahre 1841 angefügten und des dem Mobilienverkaufe an Mevi zu Grunde liegenden Verzeichniſſes, ſowie Einſicht der älteren Schmidtſchen Geſchäftsbücher ergeben habe, daß mancherlei unter dem letzteren Verkaufe mitinbegriffenen Mobilien, namentlich das in den Händen des Bleichgärtners Dauth befindlich geweſene Weiß-

geräth, erſt nach der Zeit des mit F. abgeſchloſſenen Verkaufes vom Cridar angeſchafft wären, und daß ein anſehnlicher Theil, ja ſogar ganze Rubriken der in dem Mevi'ſchen Verzeichniſſe aufgeführten Gegenſtände in dem dem F.'ſchen Kaufvertrage angefügten Verzeichniſſe überall nicht enthalten, unter dieſem Verkaufe nicht begriffen wären.

Nun aber wird

B. aus ſolcher Differenz der beiden Verzeichniſſe und aus der erſt hinterher erfolgten Anſchaffung einzelner an Mevi mitverkauften und in der Summe von fl. 15,550 mitbezahlten Gegenſtände ſich die Folgerung, es habe F. durch Erhebung dieſes ihm zuerkannten Erlöſes mehr erhalten, als ihm nach Maaßgabe ſeiner Eigenthums-Anſprüche gebührt hätte und bei Natural-Gewährung der ihm im Jahre 1841 verkauften Mobilien zu Theil geworden ſein würde, bloß dann ziehen laſſen, wenn wirklich der F.'ſche Ankauf ſich nicht auf das geſammte, im Gaſthofe zum Weidenbuſch befindliche und zu deſſen Betriebe beſtimmte, wie erforderliche Wirthſchafts-Inventar in Pauſch und Bogen und als ſolches bezogen hätte, ſondern bloß die einzelnen, damals vorhandenen und in dem Anhange jenes Kaufvertrages vom 21. Juni 1841 ſpeciell aufgeführten Mobilien Gegenſtand des damaligen Handels geweſen wären. Denn erſteren Falls würde einestheils die Differenz zwiſchen beiden Verzeichniſſen ſich auch daraus erklären laſſen und ſogar erklärt werden müſſen, daß man bei der im Jahre 1841 beliebten Inventur des damaligen Mobiliarbeſtandes nicht mit genügender Sorgfalt und Genauigkeit verfahren habe, was denn auch in den beſonderen Umſtänden, Bedingungen und Zwecken, unter und zu denen jener Verkauf ſtattfand, eine Unterſtützung finden dürfte. Anderntheils könnte, ſobald das Geſammt-Inventar des Gaſthofs im Ganzen und als ſog. universitas rerum Gegenſtand des von F. geſchloſſenen Kaufs war, der Handel nicht dahin verſtanden werden, als ob ſpätere Ergänzungen des Inventars nur inſoweit, wie ſie ſpeciell und ausdrücklich zu Erſatz von abgängig gewordenen Stücken beſtimmt und angeſchafft wären, hätten den Anſprüchen und Rechten des Käufers unterliegen, alle nicht in ſolcher Weiſe ergänzten Abgänge dagegen auf deſſen Gefahr, und

zwar ohne Aussicht zu irgend welcher Minderung des Kaufpreises, hätten stehen sollen. Vielmehr müßte dann die jeweilig und resp. zur Zeit der Contracts-Erfüllung vorhandene Gesammtheit aller für den Wirthschaftsbetrieb bestimmten und das Gasthofs-Inventar bildenden Sachen und Effecten als das vom Verkäufer zu prästirende Kaufobject angesehen werden, ohne Rücksicht auf Homogeneität und Identität mit den bei Abschluß des Handels vorhanden gewesenen Stücken, sowie gleichviel, wann deren Anschaffung geschehen wäre, oder ob zu solcher eine Pflicht für den Verkäufer bestanden hätte. Ein solchem Verkaufe bei- oder zu Grunde gelegtes Verzeichniß könnte daher auch nur als dazu bestimmt gelten, für Beurtheilung des Gesammt-Charakters jenes Mobilien-Complexus, sowie für die Frage, ob und inwieweit das Inventar trotz seiner successiven unvermeidlichen Aenderung im Einzelnen doch als Ganzes unvermindert und gleicher Art geblieben sei, einen Anhalt zu bieten. Bloß in dem andern obgedachten Falle, wenn lediglich einzelne Stücke eines Mobiliars oder doch nur die dermalen dazu gehörigen einzelnen Sachen als solche verkauft wären, würde es sich nach dem Verzeichnisse bestimmen müssen, und allein danach bemessen werden können, was der Verkäufer an einzelnen Sachen zu liefern habe, und in Betreff nicht mehr vorhandener und nicht ausdrücklich ersetzter Stücke würde zwar wohl geeigneten Falls von einer Entschädigungs-Forderung, nicht aber davon die Rede sein können, daß der Verkäufer auf andere Sachen ähnlicher Art und Bestimmung ohne Weiteres als an die Stelle jener getreten einen wohlgegründeten Anspruch erheben und diese als sein Eigenthum vindiciren dürfe.

Eine bloß hypothetische Bedeutung hat mithin dasjenige Factum, welches Implorant neu ermittelt haben will und jetzt geltend macht, die Nichtübereinstimmung nämlich jener beiden Verzeichnisse. Es wäre dieß erheblich, *wenn* F. das Gesammt-Inventar des Weidenbusches *nicht* gekauft haben sollte. Dafür aber, *daß* sein Kaufgeschäft nur die im dermaligen Verzeichnisse aufgeführten Mobilien zum Gegenstande gehabt, und ihm keinen Anspruch auf das Gesammt-Inventar im Ganzen gegeben habe, hat jenes Factum beweisende Kraft überall nicht. Die Voraus-

ſetzung, unter welcher allein erſt innerhalb der zwiſchen beiden Verzeichniſſen obwaltenden Differenz Implorantens Vorgeben, daß F. in und mit dem Mevi'ſchen Kaufgelde mehr bezogen habe, als ihm auf Grund ſeines Kaufhandels von Rechtswegen zukäme, Beachtung finden kann, müßte daher annoch anderweit conſtatirt werden. Hierfür hat jedoch Implorant gar nichts weder an Beweiſen, noch ſelbſt an bloßen Behauptungen beigebracht, und kann daher inſoweit das Reſtitutions-Geſuch nicht einmal für gehörig ſubſtanziirt gelten.

Abgeſehen aber hiervon, und davon ausgegangen, daß das implorantiſche Vorbringen genügte, um über die gewünſchte Reſtitution weitere Verhandlungen zu eröffnen, und daß in deren Verfolg erſt auf Grund der dermalen nicht vorliegenden Voracten, insbeſondere der in Frage ſtehenden Kaufverträge und Verzeichniſſe, ſich über Bedeutung, Gegenſtand und gegenſeitiges Verhältniß jener beiden Kaufgeſchäfte ein ſicheres Urtheil würde gewinnen laſſen, fehlt es

C. an einer ausreichenden causa restitutionis.

Gegründet wird das Reſtitutions-Geſuch theils darauf, daß Implorant, als er anerkannt habe, es ſei die von Mevi gezahlte Kaufſumme dem urſprünglichen Objecte der von F. erhobenen Vindication zu ſubſtituiren, ſich in dem nach Lage der Sache und Acten unvermeidlichen und vollkommen entſchuldbaren, erſt durch die obenerwähnte Mittheilung des Cridars jetzt aufgeklärten error facti befunden habe, als wäre auch an F. das geſammte Inventar verkauft, das Object beider Kaufgeſchäfte ſonach identiſch geweſen, theils darauf, daß die jetzt durch den Cridar über den wahren Sachverhalt gemachte Anzeige für Imploranten und die von ihm vertretene Debitmaſſe ein repertum novum bilde; theils endlich auf die ſog. clausula generalis, weil es als die höchſte Unbilligkeit erſcheinen müſſe, daß F. ohne alles materielle Recht bloß aus formellen Gründen zum Schaden der Maſſe, für welche die zurückverlangte Summe das einzige Activum ausmache, einen ſo erheblichen Gewinn beziehen ſolle.

Wie aber ſolchergeſtalt ſeiner Begründung nach der Reſtitutions-Antrag äußerlich als ein dreifacher ſich darſtellt, ſo

iſt auch in ſeiner Richtung und dem Gegenſtande nach das Reſtitutions-Geſuch doppelter Art. Denn obſchon principaliter die Reſtitution wider das am 28. Juni 1854 ergangene rechtskräftige Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß ſelbſt erbeten iſt, inſoweit nämlich dieſes die Summe von fl. 15,550 dem Imploranten als Erlös aus den von ihm vindicirten Mobilien zuerkannt habe, wird doch zugleich auch, weil hierauf allein jener Aus- und Zuſpruch baſire, in Betreff des vom Imploranten gemachten Zugeſtändniſſes, daß jene Summe an die Stelle des urſprünglichen Vindications-Objects getreten ſei, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand beantragt. Daneben hat Implorant noch auszuführen geſucht, daß rückſichtlich der gegenwärtig angefochtenen Entſcheidung obigen Erkenntniſſes eigentlich von einer res judicata überall nicht die Rede ſein könne, denn es habe damals ſich lediglich um die Gültigkeit und rechtliche Bedeutung des vom Cridar mit F. abgeſchloſſenen Kaufes gehandelt; dahingegen wären die Fragen gar nicht Gegenſtand der Verhandlung geweſen, hätten vielmehr irrthümlicher Weiſe als außer Streit ſtehend und durch allſeitiges Einverſtändniß erledigt gegolten, ob F. auf Grund ſeines Kaufes das geſammte Inventar des Weidenbuſches und den vollen daraus durch den Verkauf an Mevi gezogenen Erlös, oder ob nur einen Theil und welchen er in Anſpruch nehmen könne, ſowie, ob und in welcher Maaßen ihm für die in Abgang gekommenen und nicht direkt erſetzten Stücke des ihm verkauften Mobiliars ein Erſatzanſpruch zuſtehe!

In allen dieſen verſchiedenen Beziehungen war indeſſen den Anſichten und Anträgen Imploranten nicht beizupflichten. Denn wenn zuvörderſt

1) wirklich das decisum des Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniſſes vom 28. Januar 1854 ſowohl nach ſeiner Wortfaſſung, dahin lautend:

> daß Kläger (F.), ſoviel die Vindication des ihm verkauften Schmidt'ſchen Mobiliars betrifft, zur Erhebung des durch Weiterverkauf daraus gezogenen ..... Erlöſes von fl. 15,550 ..... zu befugen,

als nach deſſen in den Entſcheidungsgründen Seite 4 folg. gegebenen

Motivirung für eine rechtskräftige Entſcheidung über den jetzigen Streitpunkt nicht gelten könnte, oder doch vom Imploranten als ſolche nicht anerkannt werden wollte, ſo würde Letzterem zwar nicht zu verſagen ſein, daß er über die Frage, ob und wie weit eine res judicata vorliege, und ob auf theilweiſe Rückgewähr des erhobenen Erlöſes ein Anſpruch begründet ſei, den Rechtsweg beſchritte und richterliche Entſcheidung verlangte. Für ganz unſtatthaft aber mußte es erachtet werden, der deßfallſigen Parteiverhandlung, ſowie der Entſcheidung der unteren Inſtanzen durch einen allhier auf einſeitigen Antrag erfolgenden Ausſpruch declamatoriſcher oder deciſiver Natur vorgreifen zu wollen. Von obigem Geſichtspunkte aus erſcheint daher der allhier geſtellte Antrag Imploranten um ſo verwerflicher, als er eigener Angabe nach die Frage, ob trotz obigen decisi Implorat zu theilweiſer Reſtitution des erhobenen Erlöſes verbunden ſei, wirklich bereits mittelſt einer Condiction beim Stadtgerichte in litem deducirt hat, und nur in Folge oder in Vorausſicht einer ihm ungünſtigen Entſcheidung über die auf Grund jenes decisi imploratiſcherſeits opponirte exceptio rei judicatae ſich zu den jetzigen Reſtitutions-Anträgen bewogen gefunden hat.

Wenn ferner Implorant

2) eventuell und beziehungsweiſe nur gegen das ſeinerſeits gemachte Zugeſtändniß, daß F. auf die aus dem Mobiliar hinterher gelöſte Summe von fl. 15,550 Anſpruch habe, und, wie aus Seite 21 des Libells ſich ergibt, in der Richtung reſtituirt ſein will, daß er bei Vernehmlaſſung auf die imploratiſche Klag-Ergänzung vom 17. Juni 1851 in Anlaß des jetzt entdeckten Irrthums es verſäumt habe, die der Maſſe zuſtändigen Rechte auf den jetzt reclamirten Theil des Mobiliars und Erlöſes mittelſt einer exceptio geltend zu machen, ſo wird man ihm freilich darin beitreten können, daß gegen entſchuldbare irrthümliche Zugeſtändniſſe im Prozeſſe vollends, wenn nur von einem Vertreter der eigentlichen Partei erfolgt, eine Reſtitution bewandten Umſtänden nach um ſo weniger zu verſagen ſtehe, als der Grundſatz des älteren Römiſchen Rechts, confessus pro judicato habetur, in dem heutigen Prozeſſe keinerlei Geltung mehr hat, und es ſich vor-

liegend wesentlich nur um Restitution wider ein Versäumniß handeln würde.

Bickell von den Restitutionen im Prozeß (in Zeitschr. für Kurhess. Recht Heft I.) sub III. p. 129/30 und sub XIII. p. 145.

Allein mit dem Wegfalle jenes implorantischen Zugeständnisses fiele noch nicht hinweg das, zu dem gleichen Resultate, nämlich dahin, daß F. der Gesammt-Erlös zukomme, führende, frühere Zugeständniß des Cridars Schmidt, daß es sich bei dem F.'schen Kaufe um das gesammte Wirthschafts-Inventar gehandelt habe, und nicht bloß muß Implorant letzteres, weil es zur Zeit voller Dispositionsfähigkeit vom Cridar gemacht ist, gegen sich gelten lassen, sondern er hat auch gar nichts dafür vorgebracht, daß und welchergestalt auch dieses Geständniß auf Irrthum beruht habe. — Ebenso wenig wäre mit ertheilter Restitution gegen obiges Zugeständniß, da es zwar Anlaß des angefochtenen decisi gewesen sein mag, aber doch nicht ausdrücklich für dessen Voraussetzung und alleinige Grundlage erklärt ist, und da dessen eigentlicher Gegenstand und Inhalt nur in der Ermächtigung F.'s zur Erhebung des Mevi'schen Erlöses zu finden ist, von selbst auch dieser richterliche Ausspruch beseitigt. Es handelt sich sonach für Imploraten immer und allein darum, ob gegen diesen in Rechtskraft übergegangenen Richterspruch eine Restitution auf Grund Dessen ertheilt werden könne, was Implorant zu solchem Behufe vorgebracht hat.

Wenn nun derselbe

3) gegen die seinem Verlangen theilweiser Rückgewähr jenes Erlöses entgegenstehende res judicata zuvörderst,

a) auf die sog. clausula generalis Praetoris sich stützt, so muß dieß als ganz verkehrt bezeichnet werden. Denn dieser Restitutionsgrund, wenn überall weiter anwendbar als auf solche Fälle, wo die Lage der zu restituirenden Partei sich einer absentia vergleichen läßt, muß doch jedenfalls dahin beschränkt werden, daß Unterlassungen abseiten der Contrahenten resp. Parteien Statt gefunden haben, und unschädlich gemacht werden sollen, kann also zu Cassation eines richterlichen Ausspruches direkt niemals führen.

Vergl. Burchardi die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand p. 191 folg.

Etwas mehr Schein hat es, wenn

b) Implorant ſich darauf ſtützt, daß er ſich in einem entſchuldbaren, von allen Betheiligten wie auch richterlicherſeits getheilten error facti befunden habe. Denn auch für ſolche Fälle, wo gegen poſitive Handlungen, insbeſondere prozeſſualiſche, und namentlich gegen gerichtliche Zugeſtändniſſe Reſtitution geſucht würde, iſt die Zuläſſigkeit ihrer Ertheilung auf Grund eines error excusabilis in den Quellen des römiſchen Rechts anerkannt.

Vergl. Burchardi a. a. O. § 21. p. 383 folg.

Savigny's Syſtem Th. 3. p. 384 folg.

Allein einestheils muß der richtigeren Anſicht nach dieſer Reſtitutions-Grund wohl auf die ſpeciell in den Quellen erwähnten Fälle, ſoweit ſolche überhaupt — was auch von Savigny, abgeſehen von dem Falle eines irrthümlichen gerichtlichen Geſtändniſſes, verneint wird — im heutigen Rechte noch anwendbar ſind, beſchränkt werden, und iſt überdieß die vorliegende Rechtsſache, in welcher nicht in Betreff der Legitimation zur Sache oder bezüglich des eigentlichen Klagfundaments, ſondern nur über den Gegenſtand und das Quantum der dem Gegner zuſtehenden Anſprüche

Vergl. L. 3. u. 6. § 2. Dig. de confessis (42. 2.) mit L. 4 eod. L. 22. § ult. 23. 24. Dig. ad. L. Aquil (9. 2.) und L. 11. § 8 folg. und 13 pr. Dig. de interrog. (11. 1.)

ein Irrthum obgewaltet und zum Zugeſtändniſſe geführt haben ſoll, den im Römiſchen Rechte erwähnten Fällen einer restitutio ex capite erroris durchaus nicht analog. Anderentheils findet ſich dafür, daß auch noch contra rem judicatam wegen Irrthums Reſtitution jemals wäre gewährt worden, in den Römiſchen Rechtsquellen keinerlei Anhalt, auch ſteht dem ſowohl direkt die

L. 7. Cod. de jur. et fact. ignor. (1. 18.)

wonach causa decisa velamento tali (scil. erroris facti) non instauratur, als auch die Entſcheidung entgegen, welche ſich in

L. 36. Dig. fam. erciscund. (10. 2.)

Vergl. mit L. 1. Cod. de condict. indeb. (4. 1.)

findet. Denn hiernach ſoll, wenn irrthümlich Jemand vom Erben als Miterbe anerkannt und daraufhin ein förmliches judicium familiae erciscundae eingetreten und durch richterlichen Ausſpruch erledigt iſt, jede repetitio ebenſo ausgeſchloſſen ſein, wie wenn Jemand ex causa judicati ein indebitum gezahlt hätte, und für die vom Imploranten ſpeciell zu ſeinen Gunſten geltend gemachte Anſicht,

Glück's Commentar Th. 5. p. 86 und 87.

daß wenigſtens Reſtitution gewährt werden müſſe, ſind nicht bloß nur wenige ſchriftſtelleriſche Autoritäten, ſondern auch ganz unzureichende Argumente vorgebracht, indem namentlich zwiſchen falſchen oder gefälſchten, von den Parteien oder dem Richter aber für echt gehaltenen eigentlichen Beweismitteln und zwiſchen einem bloß irrthümlichen Zugeſtändniſſe eine Gleichheit, obſchon Beides in judicando zu demſelben Reſultate führen kann, keineswegs mit

Glück a. a. O.

anzunehmen iſt.

Aehnlich wie mit den bisher erörterten Reſtitutions-Gründen verhält es ſich, wenn ſchließlich und hauptſächlich Implorant

c) darauf ſich berufen hat, es ſei die ihm vom Cribar gewordene Mittheilung als ein novum repertum zu betrachten. Zwar kann es ihm nicht entgegenſtehen, daß das Römiſche Recht ſelbſt auf Grund neu aufgefundener Urkunden im Allgemeinen keine Reſtitution gegen rechtskräftige Urtheile gewährt wiſſen will,

vergl. Burchardi a. a. O. § 12. p. 185,

und ebenſo wenig, daß die

Ober-Appellationsgerichts-Ordnung § 180.

dieſen Reſtitutions-Grund bloß da anerkannt, wo das angefochtene Erkenntniß auf einen nothwendigen Haupteid ergangen iſt und dagegen neue Beweismittel aufgefunden ſind. Denn es läßt die hier maaßgebende

Provocations-Ordnung von 1788 § 15.

im Anſchluß an die reichsgerichtliche Praxis

vergl. Burchardi a. a. O. p. 186 und 187,
Linde Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 2. § 279.

eine Reſtitution gegen rechtskräftige Urtheile ohne Einſchränkung

ſowohl wegen neu aufgefundener „Beweisthümer," als überhaupt wegen „neuen Einbringens" zu, alſo, auch wenn nur „neue, dienliche und erhebende Umſtände in facto emergiren," wie es im

Gemeinen Beſcheide des Reichs-Kammergerichts vom 7. Juli 1669.

heißt. In jure würde daher die in capite novorum erbetene Reſtitution begründet ſein, wenn nur in Implorantens Vorbringen ein geeignetes Novum zu befinden wäre. Das aber iſt nicht der Fall, indem derſelbe dafür, daß der F.'ſche Kaufcontract ſich nicht auf das Geſammt-Inventar bezogen habe, irgend welches Beweismittel überall nicht in Bezug genommen hat, noch auch neue erhebliche Thatſachen vorgebracht ſind. Denn die Differenz ſelbſt beider Mobilien-Verzeichniſſe, auf welche Implorant durch den Cridar aufmerkſam gemacht ſein will, hat von Anfang an beſtanden, kann auch nach dem Obigen für erheblich nicht erachtet werden. Die dem Imploranten neuerdings gewordene Mittheilung aber des Cridars bildet zwar für die Gläubiger und den Curator der Maſſe ein novum factum, ſtellt an ſich aber und gegenüber den vom Cridar noch vor der Concurs-Eröffnung im Prozeß gemachten und für Jene bindenden Erklärungen ſich nur als eine, auf Grund angeblich beſſerer Erinnerung oder Auffaſſung erfolgte anderweite Beurtheilung eines längſt bekannten und im Prozeß zur Sprache gekommenen Thatumſtandes, nämlich bloß als abweichende Deutung jenes Kaufvertrags vom 21. Juni 1841 dar.

Dem Allem zufolge war Implorant mit ſeinen in jeder Beziehung unbegründeten Reſtitutions-Anträgen alsbald unter Verurtheilung in die Koſten abzuweiſen.

65.

Johann Conrad Hildebrand, Kläger und Producent wider **Abraham Joseph Strauß**, Beklagten und Producten, Entschädigungsforderung, jetzt Beweisführung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 22. März 1854.

Es handelt sich dermalen um die Entscheidung der Frage, ob die im ersten und zweiten klägerischen Beweissatz angegebenen Thatsachen überhaupt, oder welche davon bewiesen sind. Die Anordnung der zum dritten klägerischen Beweissatze beantragten Begutachtung, sowie die Instruirung der Sachverständigen setzt Gewißheit über jene Thatsachen voraus. Die beiden ersten klägerischen Beweissätze lauten:

a) daß durch das zur Zeit eines von dem Beklagten unternommenen Anbaues erfolgte Weichen der gemeinschaftlichen Brandmauer nach des Beklagten Seite die Wände im Hause des Klägers und wie beschädigt worden und daß hierdurch an den Feuerrechten und wo sonst Sprünge erzeugt worden seien,

b) daß durch das Sinken der gemeinschaftlichen Brandmauer und der klägerischen Behausung bei Gelegenheit des von dem Beklagten errichteten Neubaues Sprünge durch das ganze klägerische Haus, Zerbrechen der Fensterbänke und Fensterstürzen erfolgt, Thüren und Fenster aus der Richtung gekommen und nicht mehr zu öffnen und zu schließen gewesen.

Aus den Aussagen der klägerischen Zeugen, aus dem von dem Stadtbaumeister und Geschwornen des Maurer- und Zimmerhandwerks am 4. September 1850 an das Bauamt erstatteten Berichte, aus den gerichtlichen Befundprotocollen vom 21. und 23. September 1850, — sowie aus dem sonstigen Acteninhalte ergibt sich für den klägerischen Beweis das Nachstehende: — — — — —

Hiernach erſcheint der erſte und zweite klägeriſche Beweis in dem unter I. bis V. oben erſichtlichen Maaße erbracht und iſt daher nunmehr zur Anordnung der zum dritten klägeriſchen Beweisſatze beantragten Begutachtung zu ſchreiten. Von den für die Sachverſtändigen beiderſeits aufgeſtellten Fragen iſt das Geeignete in die Inſtruction der Sachverſtändigen aufzunehmen unter Beſeitigung der von dem Beklagten verurſachten Einmiſchung der Erſatzfrage, welche dermalen nicht zu erörtern iſt.

Aus dieſen Gründen wird für Recht erkannt:

1) Kläger hat den ihm obgelegenen Beweis des erſten und zweiten Beweisſatzes in dem unter I. bis V. oben erſichtlichen Maaße erbracht,
2) den von den Parteien benannten Sachverſtändigen Architect Klein und Maurermeiſter Auguſt Kayſer wird von Gerichtswegen der Maurermeiſter Schaffner beigegeben, —
3) dieſe Sachverſtändigen — — haben darüber zu berichten, ob die — — Beſchädigungen des klägeriſchen Hauſes ſämmtlich oder welche einzelne derſelben Folgen des unterbliebenen Spießens des klägeriſchen Hauſes geweſen, dergeſtalt, daß allen oder welchen einzelnen davon durch ſorgfältiges Spießen aller Theile der Brandmauer und des klägeriſchen Hauſes im Aeußeren und Innern mit Einſchluß des Kellergewölbes vorgebeugt werden konnte, oder ob ſämmtliche Beſchädigungen oder welche davon ſorgfältigen Spießens ungeachtet bei Gelegenheit des Straußiſchen Baues dennoch eingetreten ſein würden, ſei es wegen der aus (14) erſichtlichen Beſchaffenheit der Brandmauer und des dortigen Bodens oder aus dem Grunde, weil die Brandmauer und das klägeriſche Haus nicht auf gewachſenem Boden ſtanden oder aus welchem ſonſtigen Grunde?

Durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 14. Juni 1854 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 11. October 1855 wurde die gegen vorſtehendes Erkenntniß eingelegte Berufung des Beklagten verworfen, mit einer unbedeutenden die Geſtattung eines Impugnationsverfahrens gegen einen vorgeſchlagenen Sachverſtändigen betreffenden Aenderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die sämmtlichen Beschwerden des Beklagten mußten als unbegründet verworfen werden.

I. Die erste und Principalbeschwerde, daß nicht die Klage ohne Weiteres abgewiesen sei, war schon aus dem von den vorigen Richtern geltend gemachten prozessualischen Grunde nicht zu beachten. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 5. October 1853 ist, indem es den auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag verwirft, insofern unverkennbar eine definitiva, und es kann diesen Charakter nicht wohl dadurch verlieren, daß es zugleich prozessualische Entscheidungen und Verfügungen trifft. Mochte immerhin der § 55. der Verordnung vom 7. November 1848 den Beklagten berechtigen, gegen diese Verfügungen erst bei der nächsten zulässigen Berufung seine Beschwerden geltend zu machen, gegen die durch dieses Erkenntniß ausgesprochene Verwerfung seines Antrags auf Abweisung der Klage mußte er zeitig Appellation einwenden und verfolgen, und da er dieß unterlassen, so ist seine Beschwerde von den vorigen Richtern mit Recht aus diesem Grunde verworfen worden, und es bedarf daher deßhalb keiner Ausführung über die völlig klare materielle Verwerflichkeit des Antrags.

II. Bei der zweiten und dritten Beschwerde erscheint es zwar allerdings einigermaaßen zweifelhaft, ob das dem Richter an sich zustehende Recht, auferlegte Beweise, nachdem sie angetreten worden, successiv zur Instruction und Entscheidung zu bringen, im vorliegenden Falle vom Stadtgerichte in zweckmäßiger Weise geübt worden ist. Da indessen der Beklagte gar nicht zu behaupten vermocht hat, daß ihm durch die verfügte und erfolgte vorgängige Erledigung der ersten und zweiten der dem Kläger auferlegten Beweise irgend ein materieller Nachtheil zugefügt sei, wie denn auch ein solcher bei der völligen Trennbarkeit dieser beiden Beweissätze von dem dritten und vierten nicht wohl stattfinden kann, so vermag diese Ausübung der richterlichen Prozeßdirection keinen Grund zu einer zulässigen Beschwerde abzugeben.

III. Die vierte Beschwerde geht dahin, daß hinsichtlich des ersten Beweissatzes dem Kläger nicht noch ein Erfüllungseid

auferlegt, und die fünfte dahin, daß nicht der zweite Beweisſatz für gänzlich verfehlt, eventualiter nur bis zum Reinigungseide, in omnem eventum für ebenfalls nur bis zum Suppletorium geführt erkannt ſei.

Hier kommt nun zunächſt, ſo viel

A. den erſten Beweisſatz betrifft, in Betracht, daß, wenngleich die Beſchädigungen ſeines Hauſes, von welchem der Kläger behauptet, daß ſie ſucceſſiv zuerſt durch das Abweichen der gemeinſchaftlichen Brandmauer nach des Beklagten Seite hin in Folge des von dieſem begonnenen Anbaues, und ſodann durch das Sinken dieſer Mauer in Folge des vom Beklagten begonnenen Neubaues ſeines Hauſes eingetreten ſeien, dem Kläger in zwei getrennten Sätzen zum Beweiſe verſtellt ſind, doch theils nach der Gleichartigkeit der Urſachen, welche den ſucceſſiv eingetretenen Beſchädigungen zum Grunde liegen ſollen, theils auch nach dem Inhalte dieſer Beweisſätze beide lediglich in dem Verhältniſſe eines minus zum majus zu einander ſtehen, ſo daß wenn der auf das majus gehende zweite für erbracht gelten muß, daraus die Führung des erſten von ſelbſt folgt. Denn wenn ſchon das Abweichen der Brandmauer, welche der Beklagte bis zu einem Zoll zugibt, nachtheilige Folgen für das Haus des Klägers gehabt hat, ſo iſt es klar, daß durch das Sinken dieſer Mauer um 2 bis $2^1/_2$ Zoll, deſſen der Beklagte in contumaciam für geſtändig angenommen iſt, dieſe Nachtheile nur vergrößert ſein können. Wenn alſo erwieſen iſt, was den Inhalt des zweiten Beweisſatzes bildet, daß durch das Sinken der Brandmauer und des klägeriſchen Hauſes Sprünge durch dieſes ganze Haus entſtanden ſind, Zerbrechen der Fenſterbänke und Fenſterſtürzen erfolgt, Thüren und Fenſter aus der Richtung gekommen und nicht mehr zu öffnen oder zu ſchließen geweſen, ſo iſt es völlig gleichgültig, ob dieſe Beſchädigungen nach Inhalt des erſten Beweisſatzes, welcher nur ganz allgemein auf Beſchädigung der Wände und Sprünge an den Feuerrechten und wo ſonſt geht, ſchon in Folge des Weichens der Mauern ihren Anfang genommen haben, da an die Führung auch des zweiten Beweiſes ſich nach dem Erkenntniſſe des Ober-Appellationsgerichts vom 22. November 1852 für den Beklagten nachtheiligere rechtliche Folgen knüpfte, als wenn nur der erſte erbracht würde.

Anlangend nun aber

B. den zweiten Beweisſatz, ſo iſt derſelbe in den beiden vorigen Inſtanzen mit Recht für vollſtändig erbracht erklärt worden, Denn — —

Sind ſolchergeſtalt ſowohl in dem Berichte, als in dem Beſichtigungs-Protocolle der Sachverſtändigen diejenigen Beſchädigungen, welche den Gegenſtand des zweiten Beweisſatzes bilden, gerade als Folge des eingetretenen Sinkens der Brandmauer bezeichnet, ſo kann es

3) nicht releviren, daß die als Zeugen abgehörten Perſonen, welche das Haus des Klägers als Miethsleute zur Zeit des doppelten Baues des Beklagten bewohnt haben, und welche die meiſten jener Beſchädigungen ebenfalls bekunden, ſich über den Zeitpunkt, wann ſie eingetreten, theils unbeſtimmt, theils, wie der Zeuge Blumenthal, in der Weiſe ausſprechen, daß es ſcheint, als ſei es nur auf die Zeit des Anbaues zu beziehen. Indeſſen ſind, was namentlich die Ausſage des Blumenthal betrifft, die Gründe des Stadtgerichts, wonach dieſelben auf die Beſchädigungen der zweiten Periode bezogen werden müſſen, völlig überzeugend. — —

V. Die ſechste Beſchwerde, daß der vom Beklagten als Zeuge vorgeſchlagene Architect Kayſer verworfen ſei, darf unbedenklich als frivol bezeichnet werden.

A. Das Intereſſe des Zeugen an dem Ausgange des Prozeſſes iſt nach Demjenigen, was die Acten enthalten, ſo klar, daß in dieſer Hinſicht eine Bezugnahme auf die vorigen Urtheile genügen kann.

B. Die Berufung des Beklagten auf

Reform. I. 33. § 14.

iſt aber unzutreffend.

1) Das gemeine Recht ſanctionirt keineswegs den allgemeinen Grundſatz, daß ſonſt verwerfliche Zeugen dann zuzulaſſen ſeien, wenn ein Beweis nicht anders als durch ſie möglich ſei, ſondern nur für einzelne Fälle, und zwar das Römiſche Recht nur bei testibus domesticis

L. 7. D. de testibus.
L. 8. § 6. C. de repudiis.

das canoniſche Recht nur bei dem Zeugniß der nächſten Verwandten über Conſanguinität in causis matrimonialibus

C. 3. X. qui matrimon. accusare possunt

dem will ſich offenbar auch die Frankf. Reformation anſchließen, indem ſie, nachdem ſie im Tit. 33. § 2 bis 13 die unzuläſſigen Zeugen aufgezählt hat, im § 14 cit. fortfährt, daß unter den aufgezählten Etliche ſeien, welche nach Erkenntniß der Schöffen dann zugelaſſen ſeien, wenn kein anderer Beweis zu haben ſei.

2) Könnte man dieſe Ausnahmen auch weiter ausdehnen, ſo würden ſie doch jedenfalls auf ſolche Fälle zu beſchränken ſein, wo der Mangel anderer Beweiſe in der Natur der Verhältniſſe liegt, wofür ſich auch bereits das Ober-Appellationsgericht ausgeſprochen hat.

Goſſi ca. Mettenheimer & Simon 1851. *)

VI. Die achte Beſchwerde bezielt Folgendes:

Beklagter hat den Beweis ſeiner erſten Beweisalternative:

daß die auf dem Grundriß des Kellers angedeuteten Pfeiler die Unterfahrung der gemeinſchaftlichen Brandmauer bedingt haben,

unter anderen durch Sachverſtändige angetreten und in ſeiner Beweisantretung gebeten, ſie darüber ſich äußern zu laſſen:

1) ob nicht durch Zeichnung von Pfeilern auf dem Grundriſſe eines Kellers angedeutet und bedingt werde, daß eine anſtoßende Grundmauer unterfahren werden ſolle;
2) ob ſich eine ſolche genügende Andeutung nicht in concreto auf dem betreffenden Riſſe finde.

Zu dieſen Fragen beantragt der Kläger Gegenfragen. Indem nun der Beklagte in ſeiner Gegenerklärung ſeine früher beantragten beiden Fragen in die Eine zuſammenfaßte:

ob die, in dem von ihm übergebenen Riſſe befindliche Andeutung von Pfeilern auf dem Grundriſſe des Kellers deſſen Unterfahrung unter den obwaltenden Umſtänden bedingt habe,

bat er, die jenſeitigen Gegenfragen, welche bezweckten, die Sachverſtändigen von dem concreten Falle ab und auf das allgemeine

*) Siehe Seite 210.

Gebiet der Theorie hinüberzulenken, zu verwerfen. Das Stadtgericht dagegen hat, indem es den Punkt, welchen die Sachverständigen begutachten ſollen, genau formulirte, zugleich verordnet, daß dieſelben auch jene Gegenfragen zu beantworten haben, und in der That ſind dieſe Fragen nicht nur durchaus zuläſſig, ſondern faſt nothwendig. Denn wenn der Kläger aus den angedeuteten Pfeilern die Abſicht einer Unterfahrung der gemeinſchaftlichen Brandmauer als etwas genügend dadurch Bezeichnetes hat abnehmen ſollen, ſo kommt es eben darauf an, ob im Allgemeinen ſolche Pfeiler dieſe und keine andere Bedeutung haben, indem es anderenfalls dem Kläger nicht zum Präjudiz gereichen kann, wenn er jenen Schluß nicht daraus zog. — —

Auszug aus den Seite 209 angezogenen Entſcheidungsgründen in Sachen:

Goſſi ca. Mettenheimer & Simon 1851.

Soviel aber die Berufung des Klägers auf § 14 der Reformation betrifft, ſo wird dort die Regel, daß, wenn man die Beweiſung ſonſt nicht wohl anders haben kann, auch unzuläſſige Zeugen zu admittiren ſeien, keineswegs allgemein aufgeſtellt, vielmehr ſagt das Geſetz nur, daß unter den Unfähigkeitsfällen etliche ſeien, bei denen es dem richterlichen Ermeſſen freigeſtellt werde, die Zeugen dennoch in Ermangelung anderer Beweiſe zuzulaſſen. Ob zu dieſen etlichen Fällen gerade der Fall, wo der Zeuge wegen ſeines eigenen direkten Intereſſes bei der Sache vom Zeugniß ausgeſchloſſen wird, mitgerechnet werden dürfe, iſt ſchon zweifelhaft.

Orth, 4te Fortſ. S. 713 inſ. und den von ihm citirten Wernher.

Glück Erläuterung Bd. 22. S. 161 sub 2. b.

Jedenfalls wird ſich das richterliche Ermeſſen nicht leicht für die Zulaſſung eines ſolchen Zeugen entſcheiden dürfen, und am wenigſten dann, wenn der Mangel anderer Beweiſe keineswegs in der Natur der Verhältniſſe liegt, ſondern vielmehr von dem Beweisführer verſchuldet iſt, und dieſer ſehr wohl im Stande geweſen ſein würde, ſich ſonſtige Beweismittel zu verſchaffen,

Stryk in Möllenbeck, Thesaur. jur. civ. L. 22. tit. 5. art. 47.

Orth, 4te Fortſ. S. 750.

daher denn die neueren Schriftſteller zum Theil die ganze Ausnahme auf den Fall beſchränken, wenn nach Lage der Verhältniſſe andere Beweismittel gar nicht zu erhalten waren.

Thibaut Syſtem Th. 3. § 1170.

Bayer Vorträge über Martin. Ausg. 5. S. 354 u. 355.

66.

J. C. Sch., geb. **A.**, Klägerin, Appellatin und Adhärentin, wider ihren Ehemann **J. N. Sch.**, Beklagten, Appellanten und Adhäſen, wegen proviſoriſcher Trennung.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. October 1855.

Der Beklagte hat in gegenwärtiger Inſtanz die in der vorigen aufgeſtellten Beſchwerden ſämmtlich wiederholt, und erachtet ſich überdieß dadurch verletzt, daß ſeine Alimentationspflicht auf fl. 18 erhöht, und die Koſten zweiter Inſtanz verglichen worden ſind. Es mußte jedoch bei dem vorigen Urtheil gänzlich belaſſen werden, denn, wenn der Beklagte

1) mittelſt ſeiner erſten und zweiten Beſchwerde voriger Inſtanz die Verſagung der aufſchiebenden Wirkung in Betreff ſeiner Appellation gänzlich oder doch in ſo weit, als der ihm auferlegte wöchentliche Alimentenbetrag die Summe von fl. 8 überſteigt, zu beſeitigen verſucht hat, ſo konnte, abgeſehen davon, daß nach dem Inhalt des jetzigen Urtheils dieſe Beſchwerden ihr Intereſſe verloren haben, dieſem Verlangen um deßwillen nicht entſprochen werden, weil es nach gemeinem Recht zum richterlichen Ermeſſen ſteht, in einem Falle, wo es ſich um proviſoriſche Trennung von Eheleuten und proviſoriſche Zubilligung von Alimenten handelt, den gegen deßfallſige Verfügungen ergriffenen Rechtsmitteln die aufſchiebende Wirkung zu verſagen. Eben ſo wenig konnte

2) der dritten Beſchwerde voriger Inſtanz, mittelſt welcher die erkannte proviſoriſche Trennung angefochten iſt, entſprochen werden. Das Ober-Appellationsgericht hat ſich bereits wiederholt dahin ausgeſprochen, daß nach Frankfurter Gerichtsgebrauche bei einer während eines Scheidungsprozeſſes zu geſtattenden proviſoriſchen

Trennung nicht die Bedingungen des Canoniſchen Rechts erfordert werden, ſondern jene Trennung nach richterlichem Ermeſſen aus erheblichen und beſcheinigten Gründen erkannt werden könne.

R. gegen R. Juli 1839.
W. gegen W. October 1840.
H. gegen H. December 1842. *)

Als erhebliche Gründe für die Genehmigung der von der Klägerin vorgenommenen eigenmächtigen Trennung mußten aber die wider ſie in der Nacht vom 27. Februar v. Js. verübten wörtlichen und thatſächlichen Mißhandlungen, deren Erneuerung ſie zur Zeit der gänzlichen Ausweiſung der J. aus Frankfurt in Beihalt der aus den Polizei- wie gerichtlichen Acten enthaltenen Ausſagen genügend documentirten zu nahen Verhältniſſes ihres Ehemannes zu beſagtem Mädchen, nicht ohne Grund zu beſorgen hatte, ebenſowohl, wie die Verſagung ausreichender Verpflegung und Beköſtigung abſeiten ihres Ehemannes nach der Entfernung des Mädchens aus der ehelichen Wohnung erachtet werden. Beide Gründe ſind auch ausreichend beſcheinigt. — —

3) Die vierte Beſchwerde des Beklagten in voriger Inſtanz, mittelſt welcher er die Herabſetzung des ihm auferlegten wöchentlichen Alimentenbetrages auf fl. 5, höchſtens fl. 8, und zwar, wofür es an jedem rechtlichen Grunde fehlt, nicht ſeit dem Tage der Zuſtellung der Klage, ſondern ſeit dem Tage der gerichtsſeitigen Auflage verlangt hat, ſowie die Adhäſionsbeſchwerde der Klägerin in dieſer Inſtanz, mittelſt welcher ſie eine Erhöhung jenes Betrags auf fl. 25 erwirken will, unbegründet. Das Ober-Appellationsgericht hat ſich bereits wiederholt, und namentlich in der erſten und dritten oben angeführten Sache, **) dahin ausgeſprochen, daß, da in Frankfurt die Einkünfte des inferirten Vermögens beider Eheleute deren gemeinſchaftliches Eigenthum ſind, bei einer während des Scheidungsprozeſſes geſtatteten proviſoriſchen Trennung jene Einkünfte nach den concreten Umſtänden und nach billigem Ermeſſen unter beide Ehegatten vertheilt werden

*) Siehe Seite 214 flg.
**) Siehe Seite 214 und 215 flg.

müſſen. Erwägt man nun in dem vorliegenden Fall, daß das Geſchäft des Beklagten von der Klägerin herrührt und jedenfalls nicht gering iſt, daß er eine Behauſung beſitzt, welche einen namhaften Ertrag abwirft, und von welchem er einen nicht unbedeutenden Theil ſelbſt verwohnt, ſowie den in jetziger Inſtanz feſtgeſtellten Betrag ſeiner Wohn- und Miethſteuer und den ſeiner Einkommenſteuer, endlich den Erwerb des Schieferſteinbruchs, welcher doch ebenfalls einigen Nutzen abwerfen wird, ſo gelangt man, ſelbſt abgeſehen von dem beſtrittenen Beſitz von Wertheffecten, zu dem Ergebniß, daß das Einkommen des Beklagten auf fl. 3000 bis fl. 4000 jährlich einſtweilen angeſchlagen werden kann, ein Betrag, welchem das in voriger Inſtanz ihm auferlegte, ſich auf fl. 936 jährlich belaufende Alimentationsquantum als entſprechend erachtet werden durfte. Dabei verſteht es ſich jedoch von ſelbſt, daß, wenn die Klägerin den Nettoertrag des Vermögens in Gemäßheit ihrer Behauptungen liquide zu ſtellen vermöchte, ſie eine Erhöhung der Alimente zu erwirken im Stande ſein wird. — —

Auszug aus den Seite 213 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. **R.** ca. **R.** 1839.

Wenngleich nämlich nach dem Frankfurter Gerichtsgebrauche die ſtrengeren Grundſätze des Canoniſchen Rechts, wonach eine Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprozeſſes nur wegen beſorglicher gefährlicher Gewaltthätigkeiten eintreten ſoll,

c. 8. c. 13. X. de restitut. spoliator.

Gönner Handbuch des Proz. Th. 4. § 353.

nicht angewendet werden, ſondern deren Geſtattung mehr dem billigen richterlichen Ermeſſen überlaſſen iſt, ſo ſind doch dazu immer beſondere, erhebliche und beſcheinigte Gründe erforderlich. — —

Daß die der Klägerin gehörigen Baarſchaften und Staatspapiere — — zu deponiren ſeien, findet rechtliche Begründung

A. ſchon darin, daß das Verwaltungsrecht an allen dieſen Gegenſtänden, welche privatives Vermögen der Klägerin ſind, nicht dem Beklagten, ſondern lediglich der Klägerin zuſteht, mithin ſie

die Art und Weiſe der Verwaltung beſtimmen kann und die gedachten Maaßregeln keinen Eingriff in die Befugniſſe des Beklagten enthalten, während ſein Recht auf den Mitgenuß der Einkünfte jenes Vermögens durch dieſelben nicht beeinträchtigt wird, indem eine zinsbare Belegung der deponirten Capitalien und eine Vertheilung der Einkünfte unter beiden Ehegatten dadurch nicht ausgeſchloſſen wurde und nachher auch wirklich Statt gefunden hat.

b. W. ca. W. 1840.

Soviel nämlich

I. den Antrag auf Geſtattung einer abgeſonderten Wohnung und das damit verbundene Alimentengeſuch betrifft, ſo iſt es die ausdrückliche Vorſchrift der bei uns geltenden Geſetze, daß Eheleute auch während des Scheidungsprozeſſes das Zuſammenleben in der ehelichen Wohnung fortzuſetzen haben, und wenn gleich der Gerichtsgebrauch, namentlich zu Frankfurt, es mit ſich bringt, daß dem einen Theile, ſelbſt wider den Willen des andern, nach richterlichem Ermeſſen eine abgeſonderte Wohnung geſtattet wird, ſo erfordert dieß doch immer, daß beſonders triftige Gründe dazu vorhanden und beſcheinigt ſind, hauptſächlich in dem Falle, wenn dem der Trennung widerſprechenden Manne zugleich, wie hier angetragen iſt, die Leiſtung von Geld-Alimenten aufgebürdet werden ſoll.

c. H. ca. H. 1842.

Für die Abſonderung an ſich ſind, zumal in der jetzigen Lage des Prozeſſes, unſtreitig höchſt triftige Gründe vorhanden. Denn wenn gleich das Canoniſche Recht

cap. 8. 13. X. de restit. spoliator. (2. 13.)

die proviſoriſche Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprozeſſes nur wegen ganz entſchiedener Gefahren für das Leben oder den Körper Einer der Parteien geſtatten will, ſo hat doch die heutige Praxis, namentlich in Frankfurt, in dieſem Punkte dem richterlichen Ermeſſen einen viel freieren Spielraum gewährt, ſo daß, zumal bei einem weit ausſehenden Scheidungsprozeſſe, auch ſchon bloße Rückſichten der Zweckmäßigkeit und der Verhütung

öffentlichen Aergerniſſes oder unaufhörlicher Streitigkeiten entſcheidend werden dürfen. Nun aber iſt auch ſchon aus den, dem Ober-Appellationsgerichte vorliegenden Acten zu erſehen, daß die Erbitterung der hier ſtreitenden Parteien beſtändig genährt und geſteigert worden iſt, ſo daß ihre Wiedervereinigung vor Erledigung des Hauptſcheidungsprozeſſes nicht ohne die bedenklichſten Folgen durchzuſetzen ſein dürfte. — —

In der Sache ſelbſt iſt aber zuvörderſt die Meinung der Klägerin, als könne hier nur von Alimenten die Rede ſein, ganz verwerflich, indem der Beklagte vielmehr ein eigenes unbeſtreitbares Antheilsrecht an den Einkünften ſeiner Frau geltend zu machen befugt iſt. Abgeſehen nämlich von den hier vorliegenden Ehepacten, würde dieſer Anſpruch ſich ſchon aus den allgemeinen Grundſätzen des Frankfurtiſchen Statutarrechts von ſelbſt ergeben, wie ſolches von dem Ober-Appellationsgerichte bereits in den ſchon mehrfach allegirten früheren Erkenntniſſen in Sachen

Sch. gegen Sch. vom 27. Januar 1835 und
R. gegen R. vom 20. Juli 1834.

näher ausgeführt worden iſt.

Für den vorliegenden Fall aber gründet ſich dieſer Anſpruch auf die am 22. April 1840 abgeſchloſſenen Ehepacten, welche zwar der Klägerin einen Theil ihres Vermögens zur ausſchließlichen Benutzung vorbehalten, dagegen aber doch noch eine jährliche Summe von wenigſtens fl. 800 zu der gemeinſchaftlichen Haushaltung ausdrücklich ausgeſetzt haben, ſo daß für dieſe Summe die Vorſchrift der

Frankfurter Reformation Th. III. Tit. 5. § 1.

unverändert aufrecht erhalten worden iſt. — Hiermit erledigt ſich denn zugleich auch die Meinung der Klägerin, als dürfe ihr höchſtens auf kurze Zeit und bis der Beklagte anderweitige Subſiſtenzmittel gefunden, ein Beitrag zu ſeinem Unterhalte auferlegt werden; denn da die proviſoriſche Abſonderung der Parteien an den ehelichen Güterrechten im Weſentlichen nichts ändert, ſo muß auch ſein Antheil an ihren Einkünften ſo lange fortbeſtehen, als nicht durch eine gänzliche Scheidung

oder andere höchſt weſentliche Umſtände die Sachlage gänzlich verändert würde.

Auf der andern Seite folgt jedoch hieraus keineswegs, daß jene fl. 800 bei der nunmehr verfügten proviſoriſchen Trennung beider Parteien ausſchließend an den Beklagten zu überlaſſen ſeien; vielmehr tritt unter ſolchen Umſtänden für dieſe ausdrücklich feſtgeſetzte, aber zum gemeinſamen Gebrauche beſtimmte Summe ganz daſſelbe Verhältniß ein, welches in Ermangelung beſonderer Ehepacten bei den geſammten Einkünften der Frau würde gelten müſſen, d. h. es muß eine Vertheilung jener Einkünfte nach den concreten Umſtänden und nach billigem richterlichen Ermeſſen ſtattfinden.

67.

Benjamin Krebs, J. Laupus, J. H. Klein, J. P. Seifert, J. B. Rach und **J. F. Beyerbach,** Kläger und Impetranten wider das **Bauamt der freien Stadt Frankfurt,** Beklagten und Impetraten, Errichtung eines ſtädtiſchen Gebäudes in der Mainzer- und Ankergaſſe betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 6. Juni 1855.

Da zur gerichtlichen Zuſtändigkeit nur die aus Gründen angeblich verletzter Eigenthums-, Dienſtbarkeits- oder ſonſtiger Privatrechte nicht die in baupolizeilicher Hinſicht nachzuſuchenden Bauverbote gehören,

Proviſor. Gerichtsordnung Art. 63. (Geſetzſamml. Bd. 2. S. 146.)

die geſetzlichen Beſtimmungen über die Höhe der Gebäude aber auf baupolizeilichen Gründen beruhen,

ſo findet der geſtellte Antrag dahier nicht Statt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 29. Juni 1855.

Das Bauſtatut vom Jahr 1809, worauf ſich die Kläger berufen, beſchäftigt ſich, wie ſchon aus der Einleitung erhellet, nicht ausſchließlich mit den gegenſeitigen Rechten und Pflichten der Nachbarn, inſoweit jene auf privatrechtlichen Verhältniſſen beruhen, ſondern es enthält auch ſehr viele im Intereſſe der Staatspolizei bezüglich des Bauweſens nothwendig erſchienene Anordnungen. Das Bauſtatut iſt alſo ein Geſetz gemiſchter Natur. Die Kläger leiten ihren Einſpruch gegen den in Frage ſtehenden Neubau nicht aus einem Privatrechtstitel, ſondern lediglich aus den Beſtimmungen

des Cap. II. § 1 und 2 des gedachten Gesetzes her. Die hierin enthaltenen Vorschriften über die Höhe der Gebäude mit Rücksicht auf die Breite der betreffenden Straßen sind aber, gleichwie die deßfallsigen neuesten Verordnungen des Gesetzes vom 19. Mai 1853, offenbar nichts anderes, als im allgemeinen öffentlichen Interesse erlassene baupolizeiliche Bestimmungen, deren Aufrechterhaltung nicht den Gerichten, sondern zunächst dem Bauamte und im Wege des Recurses Hohem Senat zusteht.

Unbedenklich kann den Appellanten darin beigepflichtet werden, daß die gesetzlichen Vorschriften ohne Rücksicht auf die Eigenschaft des Bauenden zur Anwendung zu bringen sind, auch läßt sich das Interesse der Appellanten, daß jene zur Anwendung kommen, nicht verkennen. Die Zuständigkeit der Gerichte kann aber daraus nicht gefolgert werden, vielmehr muß den Appellanten überlassen bleiben, ihre Beschwerde vor den competenten Behörden zur Geltung zu bringen.

Die erhobene Appellation wird als auher nicht erwachsen zurückgewiesen.

Durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 20. October 1855 wurden auf Appellation der Kläger die vorstehenden Erkenntnisse dahin abgeändert:

> „daß die erhobene Klage dem Beklagten zur Erklärung mitzutheilen, der Antrag auf Erkennung eines provisorischen Bauverbots aber angebrachtermaaßen zurückzuweisen sei."

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die provisorische Prozeßordnung vom 8. Februar 1820 Art. 63 enthält in Betreff der Zuständigkeit der Gerichte in Baustreitigkeiten keine singuläre Vorschrift, sondern nur die Anerkennung des allgemeinen Princips, daß die Competenz der Civilgerichte da, aber auch nur da eintrete, wo über Verletzung von Privatrechten geklagt wird. Die Zuständigkeit der Gerichte in vorliegender Sache ist daher unzweifelhaft insoweit begründet, als dieselben

die Frage, ob den Klägern ein Privatrecht zustehe, vermöge deſſen ſie dem Neubau in ſeiner angeblich projectirten Höhe widerſprechen können, einer Prüfung unterwerfen können und müſſen. Die vorigen Gerichte haben dieſe Frage ohne Weiteres verneint, weil aus den geſetzlichen Beſtimmungen, auf welche allein Kläger ihren Widerſpruch gründen, privatrechtliche Befugniſſe nicht abzuleiten ſeien. In dieſer Auffaſſung der Natur jener geſetzlichen Beſtimmungen kann denſelben jedoch nicht beigetreten werden.

Allerdings ſteht es nicht zu verkennen, daß die Vorſchriften, welche ſich in den Frankfurter Geſetzen über die Höhe der in der Stadt zu errichtenden Gebäuden finden, einen baupolizeilichen Charakter haben, wie es denn z. B. keinem Zweifel unterliegt, daß ein Bau über das geſetzliche maximum hinaus, auch wenn alle betheiligten Nachbarn einwilligen, dennoch verboten bleibt, und daß, wenn ein Private verſuchen wollte, jenes maximum zu überſchreiten, das Bauamt nach Cap. 9. § 1 des Bauſtatuts vom 11. Juni 1809 ſo berechtigt als verpflichtet ſein würde, dieß im Adminiſtrationswege zu verhindern. Aus jenem baupolizeilichen Charakter der betreffenden Vorſchriften folgt aber noch nicht ohne Weiteres, daß daraus privatrechtliche Befugniſſe nicht hergeleitet werden können. Eine Bauvorſchrift kann ſehr wohl gleichzeitig den doppelten Zweck haben, das öffentliche Intereſſe zu fördern, und den Nachbarn, die noch ein ganz anderes und viel dringenderes Intereſſe haben, als das übrige Publikum, zu deſſen Schutze wahre Rechtsbefugniſſe zu verleihen. Die Worte: „nicht in baupolizeilicher Hinſicht" in Art. 63 cit. der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung ſtehen dieſer Annahme nicht entgegen. Sie ſollen nur darauf hinweiſen, daß Verletzungen von Vorſchriften, die lediglich baupolizeilicher Natur ſind, ſich nicht zur Verfolgung im Rechtswege eignen, ſchließen aber die Möglichkeit nicht aus, in einer Vorſchrift von allerdings baupolizeilichem Charakter zugleich die Quelle einer wahren Rechtsbefugniß erkennen zu können. Dieß um ſo weniger, als Art. 63 cit. gar nichts Neues, ſondern nur eine Recapitulation der Competenz-Beſtimmungen in Cap. 9. § 1 und 2 des Bauſtatuts gibt, letzteres aber ſchon in der Einleitung die Tendenz ausſpricht, der öffentlichen Staatspolizei und den Rechten des Privat-

eigenthums Genüge zu thun, und in vielen einzelnen Beſtimmungen deſſelben beide Rückſichten gleichzeitig feſtgehalten ſind:

vergl. z. B. cap. 1. § 10 bis 26. cap. 2. § 4. cap. 3. § 1. cap. 4. § 1 bis 5. cap. 6. § 6 bis 8. cap. 10. § 1 bis 5.

Es kommt hiernach Alles darauf an, ob es als Abſicht der einſchlagenden geſetzlichen Beſtimmungen angeſehen werden könne, den Hausbeſitzern ein Recht darauf zu geben, daß ihre Nachbarn mit ihren Häuſern das vorgeſchriebene maximum der Höhe nicht überſteigen. Dieſe Frage aber muß aus folgenden Gründen bejaht werden.

A. Das Intereſſe, welches ein Hausbeſitzer dabei hat, daß ein ihm an- oder gegenüberliegendes Haus nicht über ein gewiſſes Maaß in die Höhe geführt und ihm dadurch das Licht in ſeiner Wohnung entzogen oder doch verkümmert werde, iſt ein rechtliches Intereſſe von großer Bedeutung und als ſolches in den Rechten anerkannt, indem eigene, zur Wahrung deſſelben beſtimmte Gerechtigkeiten — die servitus altius non tollendi und ne luminibus officiatur — vorkommen. Hält es nun der Geſetzgeber für angemeſſen, allgemeine, das Höhenverhältniß der Häuſer normirende Vorſchriften zu erlaſſen, ſo kann nicht bezweifelt werden, daß er dabei nicht allein durch Rückſichten der allgemeinen Wohlfahrt geleitet worden iſt, ſondern auch jenes ſpezielle rechtliche Intereſſe der Nachbarn im Auge gehabt und ſichern wollen, und es iſt ſchon im Allgemeinen Grund zu der Annahme vorhanden, daß den Nachbarn durch eine derartige geſetzliche Vorſchrift ein rechtlicher Erſatz für dasjenige, was ſie außerdem im Wege der Privatdispoſition zu erreichen ſuchen müßten, hat geboten, alſo eine ſog. geſetzliche Servitut hat begründet werden ſollen. In dieſem Sinne ſind ſchon im Römiſchen Rechte Vorſchriften über die Höhe der Häuſer gegeben worden:

L. 12. § 4. (nicht gloſſirt) vergl. mit L. 13. C. de aedificiis privatis (8. 10. verb.: „quae de servitutibus loquitur.")

vergl. auch L. 1. §. 17. D. de operis novi nunt. (39. 1.) und ebenſo iſt es die übereinſtimmende Anſicht der Rechtslehrer,

daß durch die Beſtimmungen, welche die Bauverordnungen deutſcher Städte über die Höhe der Gebäude enthalten, ein entſprechendes Verbietungsrecht der betheiligten Nachbarn begründet werde:

Mevius Comm. in Jus Lubec. Lib. III. tit. 12. art. 7. Nr. 26.

Orth Anmerk. zur Frankfurter Reformation, Fortſ. III. p. 434.

Mittermaier Deutſch. Privat-Recht § 149. Nr. 2.

Bluntſchli Deutſch. Privat-Recht § 87. 2. Aufl.

B. In Frankfurt insbeſondere ſchrieb

1) die Reformation in Th. VIII. Tit. II. § 1 für neu zu erbauende Häuſer zwar noch nicht eine beſtimmte Höhe, aber doch ſchon eine beſtimmte Stockwerkzahl vor, die ohne des Raths beſondere Vergünſtigung nicht überſchritten werden ſollte. Daß im Falle des Zuwiderhandelns gegen dieſe Vorſchrift die Nachbarn die Sache zur Entſcheidung vor Schultheis und Schöffen bringen konnten, unterliegt, nach Tit. 9, ebenſo wenig einem Zweifel, als daß im Falle, wo dieß geſchehen, ſo lange eine beſondere Vergünſtigung durch den Rath nicht nachgewieſen wurde, das angerufene Schöffengericht auf Grund der erſterwähnten Beſtimmung das Höherbauen unterſagen mußte. Die Nachbarn hatten alſo, wie dieß auch der Commentator der Reformation annimmt:

Orth l. c.

durch jene Vorſchrift eine wahre gerichtlich zu verfolgende Rechtsbefugniß zur Verhinderung eines das geſetzliche Maaß überſchreitenden Baues erlangt. Hiergegen kann auch nicht die in der fraglichen Beſtimmung zugelaſſene Ausnahme angeführt werden. Denn die Worte: „beſondere Vergünſtigung," ebenſo wie der Umſtand, daß der Rath ſelbſt ſich ſolche zu ertheilen vorbehalten, während in anderen Fällen die Bauherren zu einem freien Ermeſſen befugt ſein ſollten:

vergl. z. B. Tit. 5. § 6. 7.

beweiſen, daß hier nur die Ertheilung eigentlicher, von der geſetzgebenden Gewalt ausgehender Privilegien hat vorbehalten werden ſollen.

2) Die Bauverordnung vom 27. Juli 1719 Nr. 3 verordnete für gewiſſe Neubauten eine bei den einzelnen Stockwerken einzuhaltende Schuhzahl, und ſomit mittelbar eine beſtimmte Höhe des ganzen Hauſes, änderte aber im Übrigen Nichts an den Beſtimmungen der Reformation.

3) Das Bauſtatut vom 11. Juni 1809 kündigt ſich freilich in der Einleitung als eine ganz neue, den achten Theil der Reformation abrogirende Geſetzgebung an, iſt aber in der That nur eine Um- und Ueberarbeitung jener älteren Bauordnungen, an die es ſich in Ueberſchrift und Reihenfolge der Titel, Anordnung der Materien in denſelben und der Mehrzahl der einzelnen Beſtimmungen oft faſt wörtlich anſchließt. So findet ſich namentlich auch die Vorſchrift über die bei Neubauten einzuhaltende Höhe ganz an derſelben Stelle und in demſelben Zuſammenhange, wie dort, und man hat keinen beſonderen Grund zu der Annahme, daß es in der Abſicht des neuen Geſetzes gelegen, den rechtlichen Charakter der älteren, jetzt nur unbedeutend modificirten Normen zu verändern, und den Nachbarn den Rechtsſchutz, auf den ſie bis dahin Anſpruch hatten, zu entziehen. Gegen die Annahme einer ſolchen Abſicht ſpricht vielmehr die in der Einleitung kund gegebene Tendenz, den Rechten des Privateigenthums ebenſo wie der öffentlichen Staatspolizei Genüge zu thun.

4) Das Geſetz vom 19. Mai 1853 Art. 1 und 2 enthält ebenfalls Nichts, was auf eine beabſichtigte Aenderung des ſeitherigen rechtlichen Charakters der fraglichen Höhe-Beſtimmungen hindeute. Wenn daſſelbe in Art. 2. Abſ. 2 für einen beſonders beſtimmten Fall den Senat ermächtigt, von Innehaltung der geſetzlichen Vorſchriften zu dispenſiren, ſo liegt darin: daß dieſe Vorſchriften in allen anderen Fällen abſolut und unabhängig von einem jeden adminiſtrativen Ermeſſen zur Anwendung kommen ſollen, und kann es nur als dieſer Abſicht entſprechend angeſehen werden, daß Demjenigen, welcher bei Beobachtung der fraglichen Vorſchriften ein ſpecielles rechtliches Intereſſe hat, auch ein Recht des Widerſpruchs gegen deren Ueberſchreitung eingeräumt werde.

Hiernach mußte, abweichend von den beiden vorigen Inſtanzen, angenommen werden, daß aus den in Rede ſtehenden geſetzlichen

Beſtimmungen die betheiligten Hausbeſitzer ein privatrechtliches und ſomit zur Verfolgung vor den Gerichten ſich eignendes Widerſpruchsrecht gegen einen, das geſetzliche Maaß überſteigenden Neubau allerdings herleiten können, und war, da ein ſonſtiger Grund zur ſofortigen Zurückweiſung der erhobenen Klage nicht erſichtlich, auf deren Mittheilung an den Beklagten zur Vernehmlaſſung zu erkennen, dem Letzteren aber zu überlaſſen, ſeine Einwendungen und Einreden in erſter Inſtanz vorzubringen.

Der Antrag auf Erlaſſung eines proviſoriſchen Bauverbots dagegen mußte, obgleich im Uebrigen gegen denſelben Nichts zu erinnern, deßhalb angebrachtermaaßen verworfen werden, weil es an dem Erbieten der Kläger fehlt, das im § 65 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung vorgeſchriebene Handgelöbniß perſönlich abzulegen, und der in dieſer Geſetzesſtelle bezeichnete Fall, wo ſolches Gelöbniß ausnahmsweiſe durch einen Specialbevollmächtigten geleiſtet werden kann, nicht vorliegt.

68.

A. L. C. W., Kläger wider ſeine Ehefrau **J. W.**, geb. **S.**, Beklagte, wegen Nichtigkeitserklärung der Ehe.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 28. April 1854.

In Erwägung daß

1) die am 24. November 1852 mit dem Kläger ehelich getraute Beklagte am 27. April 1853 niedergekommen und mithin ihre Schwangerſchaft vor ihrer Verehelichung eingetreten iſt, daß

2) die zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhandene Schwangerſchaft der Ehefrau aus dem geſchlechtlichen Umgange mit einem Dritten einen rechtlichen Grund zur Nichtigkeit dieſer Ehe abgibt,

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 210. S. 282 u. f. Nr. 211. S. 284 u. folg.

Glück, Commentar Bd. 22. § 1193. S. 433 u. folg.

daß

3) der Einwand der Beklagten, daß Kläger ihre Schwangerſchaft vor und unmittelbar nach der Hochzeit erfahren habe, um ſo weniger berückſichtigt werden kann, als die Beklagte nicht zu behaupten vermocht hat, dem Kläger von ihrer Schwangerſchaft aus dem geſchlechtlichen Umgang mit einem Dritten Mittheilung gemacht und denſelben hierdurch veranlaßt zu haben, unerachtet der ihm bekannt gewordenen Schwangerſchaft die Ehe mit ihr fortzuſetzen, daß

4) dagegen der Einwand der Beklagten, es habe Kläger ihr zu einer der Geburt ihres Kindes entſprechenden Zeit geſchlechtlich beigewohnt, allerdings als erheblich angeſehen werden muß, daß

5) jedoch dieſer Einwand bereits gegen die rückſichtlich des Status des von der Beklagten geborenen Kindes von dem Kläger angeſtellten Klage *) erhoben und in dieſem Rechtsſtreite nach

*) Siehe Seite 231.

geſchloſſenem Beweisverfahren durch Urtheil vom 13. März 1854 Kläger zum Reinigungseid zugelaſſen worden iſt, und daß

6) hiernach die erwähnte Rechtsſache für die vorliegende präjudiciell erſcheint,

wird zu Recht erkannt:

I. Für den Fall, wo in der den Status des von der Beklagten geborenen Kindes betreffenden Streitſache rechtskräftig erkannt werden wird, daß dieſes Kind nicht als von dem Kläger erzeugt zu betrachten ſei, ſoll die zwiſchen dieſem und der Beklagten eingegangene Ehe für nichtig erklärt und die Beklagte ſchuldig ſein, dem Kläger die Streitkoſten, worüber noch nicht erkannt worden, zu vergüten, auch demſelben die etwa verurſachten Schäden, nach vorheriger Liquidation, zu erſetzen.

II. Würde aber Beklagter mit ſeiner vorerwähnten Klage abgewieſen, ſo ſoll dieß auch für die vorliegende Klage geſchehen, und Kläger der Beklagten die noch in Frage ſtehenden Streitkoſten zu erſetzen haben. — —

Auf Appellation der Beklagten wurde vorſtehendes Erkenntniß durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 3. Juli 1854 beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. October 1855.

Erkannt:

Daß die Erkenntniſſe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 3. Juli und des Stadtgerichts vom 28. April v. J., wie hiermit geſchieht, dahin abzuändern und zu beſtätigen ſeien:

daß der Beklagten binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden peremtoriſchen Friſt, Gegenbeweis vorbehältlich, darzuthun nachgelaſſen werde:

daß Kläger ihr in einer der Geburt ihres Kindes entſprechenden Zeit geſchlechtlich beigewohnt.

Die Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz werden zur Hälfte verglichen, während Beklagte ſchuldig iſt, die andere Hälfte allein zu tragen.

Entſcheidungsgründe.

I. Dem mittelſt der dritten Beſchwerde geſtellten Verlangen: daß dem Kläger in Betreff des Klaggrundes noch ein Beweis auferlegt werde, ſtand nicht zu entſprechen. — Allerdings iſt es richtig, daß der Grund der Nichtigkeit einer mit einer ſchwangeren Perſon eingegangenen Ehe nicht ſowohl in der Thatſache der Schwangerſchaft, als vielmehr nur darin, daß dieſe Thatſache dem Manne unbekannt geweſen, gefunden werden kann. Allein da Derjenige, der ſich mit einer ledigen Perſon verheirathet, vorausſetzen kann und darf, daß dieſelbe nicht ſchwanger ſei, ſo ſteht ein beſonderer Beweis darüber, daß dieſe Vorausſetzung auch wirklich bei ihm vorhanden geweſen, nicht mehr von ihm zu fordern, es muß vielmehr bis zum Beweiſe des Gegentheils angenommen werden, daß er ſich in einem, den Anſpruch auf Nichtigkeitserklärung der Ehe begründenden Irrthume befunden habe. Hiergegen kann auch nicht geltend gemacht werden, daß möglicher Weiſe der Mann ſelbſt Urheber der Schwangerſchaft, und in dieſem Falle doch von dem fraglichen Irrthume als Nichtigkeitsgrund der Ehe nicht die Rede ſein könne. Denn dergleichen allgemeine Möglichkeiten begründen keine Präſumtion und können alſo auch eine Aenderung in der Beweispflicht nicht zur Folge haben.

II. Auch die vierte Beſchwerde, daß der Einwand der Beklagten: Kläger habe ihren Zuſtand vorgerückter Schwangerſchaft vor und unmittelbar nach der Hochzeit erfahren und gleichwohl die Ehe mit ihr fortgeſetzt, unberückſichtigt geblieben, mußte verworfen werden. Zwar nicht aus den Gründen des vorigen Urtheils. Denn jener Einwand iſt bereits in der Exceptionsſchrift vorgebracht und ſteht zu dem anderen Einwande, daß Kläger ſelbſt der Urheber der Schwangerſchaft ſei, nicht in direktem Widerſpruche, ſondern nur in einem eventuellen Verhältniſſe. Allein es konnte in dem betreffenden Vorbringen der Beklagten nicht eine beſtimmte thatſächliche Behauptung, ſondern nur eine Schlußfolgerung aus anderen thatſächlichen Momenten gefunden werden, die theils ſchon anderweit berückſichtigt ſind, theils in rechtlichen Betracht nicht kommen können. Während nämlich Beklagte ausdrücklich erklärt, daß ſie dem Kläger über ihre zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits

vorhanden geweſene Schwangerſchaft keine Mittheilung gemacht, ſtützt ſie, dem ganzen Zuſammenhange ihrer Vertheidigung in erſter Inſtanz nach, die Annahme, daß Kläger gleichwohl jene Kenntniß gehabt, nur auf zwei Vorausſetzungen. Einmal folgert ſie dieß aus dem von ihr behaupteten Umſtande, daß Kläger ſelbſt in einer der Geburt des Kindes entſprechenden Zeit mit ihr concumbirt habe. Ueber dieſen Umſtand, als den Grund einer anderen ſelbſtſtändigen Einrede, iſt ihr aber bereits Beweis nachgelaſſen. Er muß alſo hier außer Betracht bleiben. Andererſeits gründet ſie ihre Behauptung jener beim Kläger vorhanden geweſenen Kenntniß darauf, daß derſelbe in der Hochzeitsnacht und ſpäter Wahrnehmungen an ihrer Perſon gemacht und habe machen müſſen, die ihn über die Thatſache einer bereits vorgeſchrittenen Schwangerſchaft nicht hätten im Unklaren laſſen können.

Allein daß dem Kläger durch dergleichen Wahrnehmungen Gelegenheit zu einer Schlußfolgerung der fraglichen Art geboten war, genügt nicht, um zu der Annahme zu gelangen, demſelben habe eine beſtimmte und keinem Zweifel mehr Raum gebende Wiſſenſchaft von der Thatſache der vorehelichen Schwängerung der Beklagten beigewohnt. Und doch müßte eine ſolche beſtimmte Wiſſenſchaft vorliegen, um in dem fortgeſetzten ehelichen Umgange einen Verzicht auf die Nichtigkeitsklage finden zu können.

III. Was dagegen die fünfte und beziehungsweiſe erſte Beſchwerde anlangt, ſo konnte zwar der Beklagten

A. darin nicht willfahrt werden, daß ihr ganz allgemein der Beweis eines vorehelichen fleiſchlichen Umganges mit dem Kläger nachgelaſſen werde, indem Letzterer deßhalb, weil er überhaupt irgend einmal vor Eingehung der Ehe mit der Beklagten concumbirt, noch nicht ohne Weiteres des Rechts verluſtig erklärt werden könnte, die Nichtigſprechung der Ehe wegen einer nicht von ihm verurſachten Schwangerſchaft zu verlangen. Wohl aber mußte

B. dem Verlangen der Beklagten entſprochen werden, daß über die von den vorigen Gerichten bereits für erheblich erkannte Thatſache eines in einer der Geburt des Kindes entſprechenden Zeit zwiſchen ihr und dem Kläger vollzogenen Beiſchlafs in dem vorliegenden Prozeſſe ein beſonderes Beweisverfahren eingeleitet werde. Es durfte nämlich:

1) ſchon vom Standpunkte der vorigen Richter aus nicht angenommen werden, daß der Ausgang des in dem über den Status des Kindes anhängigen Prozeſſe in Betreff der erwähnten Thatſache bereits eingeleiteten Beweisverfahrens auch für den vorliegenden Prozeß maßgebend ſein werde. Denn

a) von eigentlich präjudicieller Natur iſt der Status-Prozeß ſo wenig für den Eheprozeß überhaupt, als für die hier insbeſondere in Betracht kommende Frage, ob Kläger mit der Beklagten in einer der Geburt des Kindes entſprechenden Zeit concumbirt habe. Es waltet vielmehr

b) zwiſchen beiden Prozeſſen nur ein Verhältniß der Priorität der Zeit ob, und jene Frage würde nur dann in dem vorliegenden Prozeſſe nicht ſelbſtſtändig zur Entſcheidung zu bringen, ſondern bis zur Beendigung des darüber im Status-Prozeſſe eröffneten Beweisverfahrens auszuſetzen geweſen ſein, wenn in dieſem letzteren Prozeſſe eine zur Rechtskraft zwiſchen den Parteien des **vorliegenden** Rechtsſtreits geeignete Entſcheidung jener Frage zu erwarten geſtanden. Nun fehlt es aber gerade an der Identität der Parteien in beiden Rechtsſtreiten. Den vorliegenden führt Beklagte für ihre Perſon. In der wegen des Status des Kindes erhobenen Klage dagegen hat Kläger ausdrücklich erklärt: er wolle dieſe Klage gegen ſeine Frau „als Vertreterin ihres Kindes“ erheben und „ſich alle Rechtszuſtändigkeiten gegen ſeine Frau vorbehalten.“ Auch hat er dadurch, daß er dem Gerichte anheimgab, einen curator ad litem zu beſtellen (— was dem Zuſammenhange nach, wie es auch vom Stadtgerichte geſchehen, nur von einem dem Kinde zu beſtellenden Curator verſtanden werden kann —) und für dieſen Fall eine Inſinuation der Klage an ſeine Ehefrau nicht für erforderlich hielt, klar ſeine Intention zu erkennen gegeben, nur mit einem Vertreter des Kindes, nicht mit der Frau für ihre Perſon, dieſen Rechtsſtreit führen zu wollen. Nun hat allerdings das Stadtgericht jene Klage ſowohl der Ehefrau des Klägers, als dem von ihm dem Kinde beſtellten curator ad litem zur Erklärung mitgetheilt, Beide haben darauf ihre Erklärung gemeinſchaftlich abgegeben und zugleich eine Widerklage auf Anerkennung des Kindes erhoben. Hierin kann indeß kein genügender Grund zu der Annahme gefunden werden, daß die

Frau den Prozeß in einer anderen Eigenſchaft als derjenigen, in der ſie allein beklagt worden, habe führen wollen und geführt habe. Auch haben Kläger und Beklagte noch in der Appellationsinſtanz des vorliegenden, die Nichtigkeitserklärung der Ehe betreffenden Rechtsſtreits übereinſtimmend anerkannt, daß der Status-Prozeß von der Ehefrau nur als Vertreterin ihres Kindes geführt worden ſei, und iſt ebenſo der in dieſem letzteren Prozeſſe in dritter Inſtanz von der beklagten Seite aufgeſtellten Behauptung, daß, da das Kind inmittelſt verſtorben, ein Gegner für den Kläger nicht mehr vorhanden ſei, von dem Letzteren kein Widerſpruch entgegengeſetzt worden. Endlich konnte

c) die Entſcheidung der vorliegend in Betracht kommenden Frage von dem Ausgange des Status-Prozeſſes nicht etwa deßhalb abhängig gemacht werden, weil das über den Status einer Perſon einem justus contradictor gegenüber gefällte Urtheil auch dritten Perſonen gegenüber Geltung erlangt.

Vangerow I. § 173. Anm. 1. Nr. V. 7. (p. 324).

Denn dieß kann ſich nur auf den durch das Urtheil feſtgeſtellten Status ſelbſt beziehen, nicht aber dahin führen, daß durch ein ſolches Urtheil zugleich mittelbar über die Gültigkeit der Ehe in einem Verfahren, an dem die Ehefrau für ihre Perſon ſich gar nicht betheiligt hat, entſchieden werden könnte.

Jedenfalls würde übrigens

2) auch wenn mit Recht in dem vorliegenden Prozeß bis dahin ein Beweisverfahren nicht eingeleitet worden, doch nach der dermaligen Sachlage ein ſolches noch angeordnet werden müſſen. Denn der Status-Prozeß hat, durch den am 8. September v. J. erfolgten Tod des Kindes in der Hauptſache ſeine Erledigung gefunden. In ihm kann alſo die Frage, um die es ſich handelt, nicht mehr zur endlichen Entſcheidung gebracht werden.

IV. Die zweite nur eventuelle Beſchwerde findet durch das Vorſtehende ihre Erledigung. Von den Koſten zweiter und dritter Inſtanz war bei theilweiſe unbegründet, theilweiſe begründet befundenen Beſchwerden der Appellantin ein Theil ausſchließlich zur Laſt zu legen, der andere Theil aber zu compenſiren.

69.

A. L. W., Kläger und Widerbeklagter, wider seine Ehefrau **J. W.**, geb. **S.**, als Vertreterin des von ihr am 27. April 1853 geborenen Kindes, und Dr. **R.**, als curator ad litem desselben, Beklagte und Widerkläger, den Status des gedachten Kindes betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. October 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

In Erwägung

1) daß der Prozeß in der Hauptsache als erledigt zu betrachten, da die Frage über den Status des rubricirten Kindes, welche den alleinigen Gegenstand desselben bildet, durch den am 10. September v. J. erfolgten Tod dieses Kindes eine jede selbstständige Bedeutung verloren, und das besondere Verhältniß, in welches dieser Prozeß zu dem zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau wegen Nichtigkeitserklärung der Ehe geführten Rechtsstreite durch das in letzterer Sache am 28. April v. J. ergangene Stadtgerichts-Erkenntniß gesetzt worden, in Folge des unter dem heutigen Tage zu dieser Sache erlassenen Ober-Appellationsgerichts-Urtheils *) beseitigt erscheint;

2) daß über den Kostenpunkt zur Zeit nicht zu erkennen steht, da eigentlicher Gegner des Klägers im vorliegenden Rechtsstreite nur das rubricirte Kind gewesen, dieses gestorben und ein Rechtsnachfolger desselben bis dahin nicht aufgetreten oder bezeichnet worden ist;

---

*) Siehe Seite 226.

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß der vorliegende Prozeß in der Hauptſache für erledigt zu erachten, des Koſtenpunktes wegen aber innerhalb einer ſechswöchigen Friſt Anträge auf Reaſſumtion des Prozeſſes durch einen Rechtsnachfolger des rubricirten Kindes zu ſtellen ſeien, widrigenfalls die Sache ohne Weiteres auch in dieſem Punkte für erledigt angeſehen und die Rückſendung der Acten verfügt werden ſoll.

70.

Johann Lorenz Binding, Kläger und Widerbeklagter gegen **M. A. von Rothſchild & Söhne**, Beklagte und Widerkläger, wegen Forderungen und Gegenforderungen aus einem Mehl-Lieferungsgeſchäft.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. October 1853.

II. In [309] hat der Kläger eine Abrechnung aufgeſtellt über das gegenſeitige Verhältniß, wie es ſich nach den ergangenen und rechtskräftig gewordenen Urtheilen und nach dem Ergebniß des Beweisverfahrens geſtaltet. Die aufgeſtellten Rechnungspoſten ſind theilweiſe von den Beklagten anerkannt, über die beſtrittenen iſt Folgendes zu bemerken:

1) Zu I. A. 2. Dieſer Poſten iſt, ſtatt mit fl. 15,163. 20 kr. nur mit fl. 14,632. 20 kr. in die Einnahme der Gemeinſchaft zu ſetzen. Denn wenn gleich in dem oberappellationsgerichtlichen Urtheile vom 28. Januar 1841 unter fl. 5 der erſtere Betrag genannt iſt, ſo iſt doch nach dem appellationsgerichtlichen Urtheile vom 11. Auguſt 1848 der Betrag von fl. 14,434. 20 kr. nicht nur dem Kläger zu belaſten, ſondern auch der Societät zu verrechnen, und hiervon iſt durch das oberappellationsgerichtliche Urtheil vom 28. März 1851 nichts geändert worden, als der Betrag, welcher daſelbſt unter 9 auf fl. 14,632. 20 kr. berichtigt worden iſt. Scheint nun gleich dieſer letztere Betrag nach der Ausführung des Klägers auf einem Rechnungsfehler zu beruhen, ſo liegt es doch nicht in der Befugniß der erſten Inſtanz, hier, wo das oberſte Gericht, ohne ſeine Berechnungsweiſe näher anzugeben, ausdrücklich ſeine Berechnung als eine Berichtigung hingeſtellt hat, eine Abänderung vorzunehmen.

2) Zu I. A. 3. Dieſer Poſten entſpricht dem Anſatze der Beklagten in [10] der Acten und der in dem erſten Verfahren von dem Beklagten nicht beſtrittenen Vorausſetzung, daß dieſe von

der Regierung vollständige Zahlung für ihr Guthaben aus dem fraglichen Lieferungsgeschäft erhalten haben. Nun wollen zwar die Beklagten ihr deßfallsiges Einverständniß insofern widerrufen, daß sie einen Betrag von fl. 22,900 als noch ausstehend angeben und verlangen, soweit es nöthig sei, unter Bezugnahme auf Reform. I. 29. § 2 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Irrthums. Allein dieser Versuch der Beendigung der vorliegenden Sache neue Schwierigkeiten in den Weg zu legen, muß ohne Erfolg bleiben. Denn daß der Widerruf eines vor fast 20 Jahren gemachten gerichtlichen Geständnisses ohne Restitution unstatthaft ist, bedarf keiner Ausführung. Der nachgesuchten Restitution aber steht im Wege einerseits der Mangel eines entschuldbaren Irrthums (L. 11. § 11. D. de interr. 11. 1), da es als eine grobe Nachlässigkeit erscheint, wenn die Beklagten vor der Einlassung auf die Klage nicht einmal ihre Bücher sorgfältig nachgesehen haben, andererseits der Ablauf der Frist, binnen welcher Restitution nachgesucht werden kann, da der angebliche Irrthum von den Beklagten, wie sich aus ihrer Gegenbeweisantretung vom 4. Juni 1844 ergiebt, schon vor fast 10 Jahren wahrgenommen worden sein soll. — — —

IV. Demnach stellt sich nunmehr die Rechnung, wie folgt:

I. Für die Gemeinschaft.

A. Einnahme.

1) Baarzahlung	fl. 20,000. — kr.	
2) Erhaltene Frucht . . .	„ 14,632. 20 „	
3) Saldo	„ 92,951. — „	
4) Von dem Kläger zu vergüten	„ 1,861. 59 „	
		fl. 129,445. 19 kr.

B. Ausgaben.

1) Für Frucht und Mehl .	fl. 83,961. 55 kr.	
2) Unkosten auf den Waizen	„ 2,899. — „	
3) Deßgl. auf das Korn .	„ 1,516. 9 „	
4) Für Säcke	„ 4,169. 26 „	
5) Schadensrechnung . .	„ 7,993. 46 „	
6) Abgang und Verlust . .	„ 100. — „	
		„ 100,640. 16 „
Gewinn . .		fl. 28,805. 3 kr.

II. Für den Kläger.

A. Ausgaben.

1) Sämmtliche Ausgaben für die Gemeinschaft .	fl. 100,640. 16 kr.	
2) Ummahlung von 900 Maltern Commißschrot	„ 900. — „	
3) Ein $^1/_3$ des Gewinnes .	„ 9,601. 41 „	
		fl. 111,141. 57 kr.

B. Einnahme.

1) Baarzahlung	fl. 82,500. — kr.	
2) Erhaltene Frucht . . .	„ 14,632. 20 „	
3) Vergütung an die Gemeinschaft	„ 1,861. 59 „	
		„ 98,994. 19 „
Guthaben des Klägers . .		fl. 12,147. 38 kr.

V. Aus dem ihm gebührenden Kapitalbetrag verlangt der Kläger in der Klage [1] S. 241.

„Verzugszinsen zu 5 % vom Jahr 1813, mindeſtens aber vom Tage der erhaltenen Zahlung an.“

Nun wird zwar in der Regel der Verzug bei einer illiquiden Forderung entſchuldigt, und die Forderung des Klägers war illiquid. Allein jene Regel bleibt außer Anwendung, wenn der Schuldner ſelbſt die Klarſtellung verhindert.

L. 39. 161. de R. I. 50. 17.

Seine Argliſt oder ſein Verſchulden darf ihm keinen Gewinn bringen. Im vorliegenden Falle haben aber die Beklagten allerdings durch ihre hartnäckige Verweigerung der Edition des Finanz-Miniſterial-Schreibens vom 24. März 1813, welche ihnen durch Beſcheid vom 9. April 1816 aufgegeben wurde, die Klarſtellung der klägeriſchen Forderung gefliſſentlich oder doch höchſt ſchuldvoller Weiſe verzögert und erſchwert.

Demnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Beklagten als vom 9. April 1816 an im Verzuge befindlich zu betrachten und von da an Verzugszinſen zu bezahlen verbunden ſind.

VI. Da die vom Tage der Klage an laufenden Zinſen nach der den Vorzug verdienenden Anſicht von Souchay, Anmerkung zur

Reform. Bd. 1. S. 276 nicht unter das Verbot der Ueberſchreitung des alterum tantum fallen, bis zur Anſtellung der Klage (Auguſt 1834) aber das alterum tantum nicht erreicht war, ſo kommt dieſes Verbot nicht weiter in Betracht.

VII. Den geforderten Zinſeszinſen dagegen ſteht nicht nur das geſetzliche Verbot entgegen, ſondern auch der Umſtand, daß der Kläger ſelbſt in ſeiner Klage nur auf Verzugszinſen angetragen hat, ſo daß der Anſpruch auf Zinſeszinſen, ſchon als verſpätet, nicht berückſichtigt werden könnte.

VIII. Den Koſtenpunkt anbelangend endlich, müſſen die Beklagten, als der unterliegende Theil, dem Kläger die Koſten der erſten Inſtanz, ſoweit darüber noch nicht erkannt iſt, erſetzen.

Aus dieſen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

Die Beklagten ſind ſchuldig, dem Kläger den Betrag von fl. 12,147. 38 kr. mit Zinſen zu 5 % vom 9. April 1816 bis zum Tage der Zahlung binnen 14 Tagen zu bezahlen und die Koſten der erſten Inſtanz, ſoweit darüber nicht ſchon früher erkannt iſt, zu erſetzen.

Durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 29. März 1854 (Rechtsfacultät Leipzig) — auf beiderſeitige Appellationen — wurde das Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 24. October 1853 zwar im Uebrigen beſtätigt, jedoch die Koſten der erſten Inſtanz, inſoweit darüber nicht anderweit erkannt, gegeneinander aufgehoben: die Koſten der Appellations-Inſtanz wurden mit Ausnahme der durch die Actenverſendung und den auswärtigen Spruch veranlaßten, als welche von den Beklagten allein zu tragen ſind, gegeneinander aufgehoben. —

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 26. November 1855.

Auf beiderſeitige Appellation.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der beiderſeitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und Materialien anlangend, das bei dem Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß

vom 29. März 1854 und dasjenige des Stadtgerichts vom 24. October 1853, wie hiermit geschieht, dahin abzuändern und zu bestätigen seien, daß der in dem vorliegenden Prozesse verfolgte Anspruch des Klägers an die Beklagten auf die Capitalsumme von fl. 12,243. 35 kr. festzustellen und die Beklagten, nachdem sie dem Kläger in Folge des Stadtgerichts-Decretes vom 11. November 1853 bereits fl. 12,147. 38 kr. gezahlt haben, demselben noch fl. 59. 57 kr., ferner Zinsen à 5 Procent auf fl. 12,243. 35 kr. vom 28. December 1815 bis zum Tage der geschehenen Zahlung der fl. 12,147. 38 kr. und auf fl. 95. 57 kr. vom letztgedachten Tage zu zahlen, demselben auch von den vom 5. August 1834 bis zum 1. Juni 1835 incl. in erster Instanz aufgelaufenen Prozeßkosten drei Viertheile, sowie sämmtliche seit dem letztgedachten Tage in erster Instanz aufgelaufenen Prozeßkosten, soweit noch nicht darüber erkannt worden, zu erstatten schuldig sein, wohingegen ein Viertheil der erstgedachten Kosten compensirt wird;

daß ferner dem Kläger vorzubehalten sei, binnen einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist reprobatione salva den Beweis zu führen:

> daß und wann er die Beklagten vor dem 28. December 1815 zur Ausantwortung des ihm, dem Kläger, aus dem Societätsgeschäfte zukommenden Gewinn-Antheils aufgefordert habe;

worauf demnächst über die früheren Zinsen weiter zu erkennen.

Und wird nunmehr die Sache unter Compensation der Kosten voriger und der gegenwärtigen Instanz, mit Ausnahme der zu der Beklagten alleinigen Lasten bleibenden Kosten der Actenversendung, an das Stadtgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die von den Partheien gegen das Erkenntniß 2ter Instanz vom 29. März 1854, durch welches das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 24. October 1853 im Wesentlichen confirmirt worden ist, resp. erhobenen Beschwerden betreffen:

I. Die durch das letztgedachte Erkenntniß dem Kläger adjudicirte Capitalsumme von fl. 12,147. 38 kr.,

II. die Zinsen,

III. den Kostenpunkt,

IV. die stadtgerichtliche Verfügung vom 11. November 1853 in Betreff der Suspensiv-Wirkung der damals von den Beklagten ergriffenen Appellation. — — —

ad I. — — — Nun waren diejenigen unter den vorstehenden Beschwerden, welche bedeutendere Beträge zum Gegenstande hatten, sämmtlich zu verwerfen und nur in Betreff einiger geringfügiger Beläufe erschienen Abänderungen der Stadtgerichts-Entscheidung nothwendig.

ad 1) Gravamen des Klägers Nr. 4.

Es hat seine Richtigkeit, daß durch die das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß vom 28. März 1851 sub 9 angeordnete Veränderung desjenigen Belaufes, welcher für den dem Kläger von den Beklagten gelieferten Roggen festzusetzen ist, von fl. 14,434. 20 kr. in fl. 14,632. 20 kr. auf einem Rechnungsfehler beruht.

Da nun Rechnungsfehler niemals in die Rechtskraft übergehen — es wäre denn, daß über einen Rechnungsfehler selbst (und zwar unrichtig) entschieden sein sollte — da sie vielmehr, sobald sie entdeckt werden, sofort zu berichtigen sind,

L. 1. Dig. quae sententiae sine appellatione res cindantur (49. 8).

L. 1. Cod. de errore calculi (2. 5).

so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Wiederherstellung der richtigen Summe von fl. 14,434. 20 kr. ohne Weiteres auf Grund des in der Appellations-Beschwerde implicite mit enthaltenen Berichtigungs-Antrages vorzunehmen ist.

Vergleiche auch Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß in Frankfurter Sachen, *) Weidenbusch ca. Barzel, vom Juni 1835.

Das Ergebniß der Rectification besteht darin, daß dem Kläger $^2/_3$ der in Rede stehenden fl. 198 betragenden Differenzsumme,

*) Siehe Seite 254.

alſo fl. 132., auf das Adjudicatum erſter Inſtanz zu Gute zu rechnen ſein werden.

ad 2) Gravamen 1 der Beklagten.

Dieſe Beſchwerde bezieht ſich darauf, daß unter den als bei den Beklagten von dem Großherzoglich Frankfurtiſchen Gouvernement eingegangenen, auf das quaest. Lieferungsgeſchäft ſich beziehenden Zahlungen auch ein Poſten von fl. 22,900 aufgeführt worden iſt, welchen die Beklagten als noch ausſtehend behandelt wiſſen wollen und in Betreff deſſen eventualiter ein Beweisverfahren hätte eingeleitet, mindeſtens ein Vorbehalt hätte gemacht werden müſſen.

Eine Berückſichtigung der auf den hier berührten Gegenſtand ſich beziehenden Verhandlungen ſtellt die Grundloſigkeit der beklagtiſchen Anträge außer Zweifel.

Für die Feſtſtellung des zwiſchen den Partheien beſtehenden Rechnungsverhältniſſes kam es weſentlich auch auf die Zahlungen an, welche die Beklagten von dem Gouvernement empfangen hatten. Dieſe Zahlungen gaben ſie ſelbſt auf fl. 92,951 an, und dieſe Summe iſt ſeit der Zeit der Production jener Anlage (9. September 1834) von beiden Seiten als die richtige angenommen worden. Auch in der im Stadtgerichts-Erkenntniſſe vom 24. October 1853 enthaltenen Berechnung findet ſich jener Belauf in der Rechnungs-Zuſammenſtellung aufgeführt (IV. I. A. 3).

Bis zum Jahre 1844 iſt auch von den Beklagten Erinnerung über die Richtigkeit jener Geſammtſumme, oder einzelner Theile derſelben gemacht worden. Damals indeſſen, und zwar in einer am 4. Juni 1844 überreichten Beweiseinredeſchrift deuteten ſie an, daß ſie Zweifel in Betreff jenes Poſtens hegten und ſelbige vielleicht zur Sprache bringen würden. Es heißt an der angegebenen Stelle:

> „ſie könnten (von jenen fl. 92,951) nur das wirklich Eingegangene in Rechnung ſtellen laſſen, dagegen einen (darin ſteckenden Belauf zweier Wechſel von fl. 22,900 nicht gut ſchreiben, weil ſolcher ihres Wiſſens nicht eingegangen ſei.
>
> Sie hätten deßhalb die genaueſten Nachforſchungen neuerdings angeordnet, und behielten ſich vor, das Reſultat anzuzeigen.“

Der Prozeß nahm dann ſeinen Fortgang, ohne daß die Beklagten während neun Jahren auf den bezeichneten Gegenſtand zurückgekommen wären.

Dieß Letztere geſchah zuerſt am 7. Juli 1853 in der beklagtiſchen Vernehmlaſſung auf die Liquidation. Hier traten die Beklagten mit der etwa detaillirteren Bemerkung hervor:

„Zwei (in den fl. 92,951 mitbegriffene) Wechſelbeträge von je fl. 11,450 pr. 15. December 1813 und 15 Januar 1814 ſeien actenkundig (!) unbezahlt geblieben, zuſammen zur Summe von fl. 22,900. Wenigſtens finde ſich in den Handlungsbüchern der Beklagten keine Spur der erhaltenen Zahlung."

Sie beantragten Beſeitigung jener fl. 22,900 aus der Rechnungs-Aufſtellung eventualiter mittelſt in integrum restitutio, allenfalls erboten ſie ſich zur Beweisführung der Nichtzahlung, und traten dieſelbe gleichzeitig an durch das Geſuch um Requiſition von Archival-Urkunden, aus welchen ſich ergeben müſſe:

„*ob*, *wie* und *wann* die fl. 22,900 berichtigt worden ſeien?

und durch einen Zeugenvorſchlag darüber,

daß die Stadt Frankfurt auf die in Rede ſtehenden Wechſel gar keine Zahlung geleiſtet habe, *oder* in welchem Betrage, und wann ſolche geleiſtet worden ſei."

Das Stadtgericht hat dieſe Anträge der Beklagten, den principalen ſowohl, als den eventuellen, verworfen, und zwar, weil der bloße Widerruf des — in concreto vor faſt 20 Jahren gemachten — gerichtlichen Bekenntniſſes *ohne Reſtitution* wirkungslos ſei, daß aber der Reſtitution entgegenſtehe, ſowohl der Mangel eines entſchuldbaren Irrthums, indem es eine grobe Nachläſſigkeit geweſen ſei, wenn die Beklagten vor der Einlaſſung auf die wider ſie erhobene Klage ihre Bücher nicht nachgeſehen hätten, als auch Verjährung, da die Beklagten ſchon vor 10 Jahren auf den angeblichen Irrthum aufmerkſam geweſen ſeien.

Daß nun dem Stadtgerichts-Erkenntniſſe in Betreff der vorſtehenden Entſcheidung beizutreten und den Beklagten auch nicht etwa noch ein Vorbehalt für ein Separatum zu machen ſei, ergibt ſich aus folgenden Erwägungen:

1) der einfache (nicht etwa zeitig erfolgte) Widerruf eines gerichtlichen Geſtändniſſes im Laufe des Prozeſſes hat an ſich keine Wirkung. Es bedarf einer in integrum restitutio.

2) Der Beweis der Unwahrheit des Geſtandenen genügt hier allein nicht; der Beweis eines entſchuldbaren Irrthums muß hinzutreten.

Savigny, Syſtem VII. S. 3 not. c. d.

Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß in Frankfurter Sachen, Stiebel ca. v. Leonhard und Blum *) vom Decbr. 1837. Heintz ca. Heintz, Febr. 1848. **)

3) Die mit Ablauf eines Quadriennium eintretende Verjährung der Reſtitution iſt nicht nach den Grundſätzen der Klagenverjährung zu beurtheilen, hat vielmehr die Natur einer verſäumten Prozeßfriſt,

Savigny l. c. S. 242 not. i.,

ſie iſt mithin von dem Richter ex officio zu berückſichtigen.

4) Eine Unterbrechung der Verjährung erfolgt nur durch Inſinuation des Reſtitutionsgeſuches.

Savigny l. c. S. 253/254.

Von einer Verſetzung in böſen Glauben kann dabei überhaupt nicht die Rede ſein, und auf keinen Fall könnte eine ſolche herbeigeführt werden durch eine Erklärung, man glaube im Stande zu ſein, von Reſtitution Gebrauch zu machen.

5) Der Lauf des Quadriennium restitutionis beginnt dann, wenn der den Reſtitutionsgrund bildende abnorme Zuſtand aufhört, im Fall eines Irrthums, alſo wenn dieſer letztere bemerkt wird.

Savigny l. c. S. 245, 247 flg.

Endlich wird

6) gegen rechtskräftige Erkenntniſſe keine Reſtitution auf Grund irrthümlicher Angaben ertheilt, wie erſt kürzlich vom Ober-Appellations-Gericht in der Frankfurter Sache:

Debitmaſſe C. F. Schmidt und Ehefrau gegen Flersheim (Septbr. 1855) ***)

unter Bezug auf

---

*) Siehe Seite 255.

**) Siehe Seite 255.

***) Siehe Seite 201.

L. 1. Cod. de jur. et facti ign. 1. 18.

ausgesprochen worden ist.

Die vorstehenden Sätze finden sämmtlich in der vorliegenden Sache Anwendung. — — —

ad 5) Gravamen 4 der Beklagten.

Die Beklagten beantragen hier, daß ihnen, dem Gemeinschaftsverhältnisse gegenüber, ein Belauf, und zwar zur Größe von fl. 1490. 10 kr. zu Gute gerechnet werde, welcher ihnen als Zinsen derjenigen Geldbeträge zugekommen sei, mit welchen sie zur Abwickelung des gemeinschaftlichen Geschäftes für selbiges in Vorschuß sich befunden hätten. Sie verlangen eventualiter, daß ihnen vorbehalten werden möge, diese Zinsforderung in separato geltend machen zu dürfen.

Es kann indessen weder dem principalen, noch dem eventuellen Antrage der Beklagten entsprochen werden. Ihnen stehen hier formelle und materielle Gründe entgegen.

1) Formelle Gründe.

Es ist eine unrichtige Darstellung der Beklagten, daß erst jetzt die Verhandlung zwischen den Partheien über die Feststellung ihrer Forderungen und Gegenforderungen im Werke sei. Der Abschnitt der Prozeßverhandlungen, in welchem es darauf angekommen, liegt in der Vergangenheit. Die „Liquidation," mit welcher der Kläger im Juni 1853 hervortrat, und auf welche das Stadtgericht zweckmäßiger Weise eine Verhandlung anordnete, war als ein Vortrag anzusehen, in welchem der Kläger nur die Conclusionen aus der großen Anzahl successive erfolgter Entscheidungen der einzelnen Streitpunkte zu ziehen und das schließliche Resultat, wie es aus den festgestellten Factoren sich ergab, in Zahlen darzustellen bemüht war. Die ferneren Verhandlungen bewegten sich ebenfalls nur auf der Basis der rechtskräftig erledigten Sache, und so wenig, wie der Kläger einen neuen Klaganspruch hätte geltend machen dürfen, ebenso wenig waren die Beklagten berechtigt, mit einem neuen Exceptional- oder Reconventional-Momente hervorzutreten.

Dieß letztere ist nun durch die Geltendmachung der fl. 1490. 10 kr. in der That versucht worden. Handelte es sich nun um

ein, durch selbstständigen Klaganspruch zu verfolgendes Recht der Beklagten, so würde die aus dem Obigen sich ergebende, zunächst nur auf den vorliegenden Prozeß sich beziehende Präclusion ihnen für ein späteres Verfahren an sich nicht im Wege stehen; indessen liegt ein Anspruch der bezeichneten Art hier nicht vor. Der Kläger hat mit der actio pro socio Rechnungs-Ablegung und Vertheilung des Gewinnes gefordert; die Beklagten sind ihrerseits mit derselben auch ihnen zustehenden Klage gegen den Kläger reconveniendo hervorgetreten, wenngleich ihrerseits nur Feststellung des Verlustbetrages und Herauszahlung des dem Kläger zuviel zugekommenen gefordert wurde.

Bei dieser Sachlage war es ein Selbstverstand, daß beide Theile alle ihnen ex societate resp. zustehenden Ansprüche und Einreden in dem gegenwärtigen Verfahren geltend machen mußten, und daß das auf die schließliche Auseinandersetzung der Socii gerichtete Erkenntniß res judicata in Betreff des Societätsverhältnisses machte.

Ansprüche aus dem Letzteren, welche etwa nicht vorgebracht sein sollten, würden demzufolge erloschen sein. Daß nun der Anspruch auf die hier in Rede stehende Zinsenvergütung dem Societätsverhältnisse angehöre, liegt klar vor.

Abgesehen hiervon ist der Anspruch auf die in Rede stehenden Zinsen sowohl in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, wie für eine etwa spätere Geltendmachung auch um deßwillen verloren, weil die in Rede stehenden Zinsen in der That nicht auf einem selbstständigen Obligationsgrund beruhen, sondern zu denjenigen gehören, welche officio judicis continentur, und letztere, wenn nicht zeitig im Prozesse geltend gemacht, unwiederbringlich verloren sind.

L. 67. § 2. Dig. pro socio 17. 2.
Puchta, Pandecten, §. 227 Note p.

2) Materielle Gründe.

— — — — — — — — — — — — — —

Aus dem Bisherigen ergibt sich nun für die Berichtigung der dem Kläger zukommenden Capitalsumme folgendes Resultat.

ad 1. ſind dem Kläger mehr zu vergüten .	fl.	132. — kr.
Dagegen ſind dem Beklagten ad 3) zu Gute zu rechnen	„	36. 3 „
Alſo kommen	fl.	95. 57 kr.
zu der dem Kläger vom Stadtgerichte adjudicirten Summe von	„	12,147. 38 „
hinzu. Der letztgedachte Belauf wird mithin erhöht auf	fl.	12,243. 35 kr.

ad II. Die Zinſen auf das Adjudicatum ſind dem Kläger durch das in zweiter Inſtanz in dieſer Beziehung confirmirte Stadtgerichts-Erkenntniß vom 24. October 1853 zugeſprochen (mit 5 Procent) ſeit dem 9. April 1816.

Dieſe Entſcheidung iſt in folgenden Beziehungen von den Partheien angefochten worden:

1) Der Kläger verlangt die Beſtimmung eines früheren Anfangspunktes des Zinſenlaufes, und zwar principaliter die Subſtituirung des 15. Januar 1814 an die Stelle des 9. April 1816 (zweite klägeriſche Beſchwerde).

Hiergegen beſchweren ſich die Beklagten über die Beſtimmung des 9. April 1816, als eines viel zu frühen Zeitpunktes, an deſſen Stelle ſie den 12. Auguſt 1834, den Tag der angeſtellten Hauptklage, geſetzt zu ſehen verlangen. (Sechste beklagtiſche Beſchwerde.)

2) Der Kläger verlangt nicht nur einfache Zinſen, ſondern Zinſen und Zinſen der Zinſen. (Dritte klägeriſche Beſchwerde.)

3) Die Beklagten wollen im Gegentheile nur Zinſen usque ad alterum tantum zahlen, und richten hierauf ihre ſechste Beſchwerde.

ad 1) Gravamen des Klägers 2 und der Beklagten 6 (theilweiſe).

Hier mußte

a) Der beklagtiſche Antrag, den Anfang des Zinſenlaufes erſt mit dem Beginne des Hauptprozeſſes (Auguſt 1834) eintreten zu laſſen, als jedenfalls unbegründet erſcheinen, vielmehr war, abgeſehen davon, ob nicht etwas aus beſonderen Gründen die Verzinſungspflicht, wie dieß der Kläger behauptet, ſchon früher

eingetreten ſein ſollte, der 28. December 1815 — derjenige Tag, an welchem den Beklagten die erſte (Editions-) Klage inſinuirt worden — als der Anfangs-Zeitpunkt der Zinſenvergütung angeſehen werden.

Zwar laſſen ſich drei Abſchnitte der zwiſchen den Partheien geführten Verhandlungen unterſcheiden, der erſte Editionsprozeß, der zweite Editionsprozeß und der ſogenannte Hauptprozeß. Allein dieſe drei Abſchnitte bilden doch in Wirklichkeit nur Theile Eines Prozeſſes, ohne daß es dieſer Auffaſſung entgegenſteht, daß die beiden erſten Abſchnitte einen präparatoriſchen Charakter im Verhältniſſe zu dem eigentlichen Rechnungsprozeſſe gehabt haben.

Schon in der erſten Editionsklage hat der Kläger als den Zweck ſeines Antrages deutlich angegeben, daß derſelbe geſtellt werde, um den ihm gebührenden Gewinn-Antheil zu erlangen. Es heißt dort:

> „Aller angewandten Mühe ungeachtet, ſei es dem Kläger bis damals nicht gelungen, den Beklagten zu bewegen, ihm den Additions-Contract vorzulegen, und bis zum damaligen Zeitpunkte entbehre er das aus dem Nutzen des Geſchäfts erwachſene Capital — — (Nach beſchaffter Edition) werde der Kläger ſeine Forderung an die Beklagten gehörigermaaßen liquidiren.“

Die zweite Editionsklage war nur eine Fortſetzung der erſten. Denn nachdem der Additional-Contract edirt worden war, zeigte es ſich, daß er ein referens sine relato ſei, und das relatum — das Miniſterialreſcript — wurde nunmehr in der „zweiten Editionsklage“ gefordert. In dieſer letzteren heißt es unter Anderem:

> „es bedürfe nur eines Blickes auf den edirten Additional-Vertrag, um ſich davon zu überzeugen, daß das wichtigſte Actenſtück fehle — — ohne welches es dem Kläger durchaus unmöglich ſei, ſeine Forderung zu formiren.“

Die unmittelbare Beziehung beider Klagen auf die Geltendmachung der demnächſt aufzuſtellenden Forderung ſelbſt iſt demnach ausdrücklich ausgeſprochen.

Uebereinſtimmend hiermit kündigt ſich die „Hauptklage“ durch Form und Inhalt als die Fortſetzung des bis dahin geführten

Verfahrens an. Sie fußt auf den Ergebniſſen des bis dahin geführten präparatoriſchen Verfahrens, welches letztere überdieß noch in einigen Beziehungen neben dem eigentlichen Rechnungsprozeſſe in denſelben Acten Fortgang gehabt und erſt 1841 ſeinen definitiven Abſchluß erreicht hat.

Zinſen werden in Berückſichtigung des Vorſtehenden ſchon als Prozeßzinſen vom Tage der Inſinuation des in dem erſten Editionsprozeſſe erlaſſenen erſten Decretes an dem Kläger zuzuſprechen ſein.

Außerdem würde in der Anſtellung der Editionsklage, und zwar ſchon in derjenigen der erſteren, eine deutlich ausgeſprochene Mahnung in Betreff des dem Kläger zukommenden Gewinn-Antheils zu erblicken ſein, und auch aus dieſem Grunde eine Verzinſungspflicht ſeit dem bezeichneten Zeitpunkte angenommen werden müſſen.

Hiermit erledigt ſich die ſechste beklagtiſche Beſchwerde, ſoweit ſie auf den terminus usurarum a quo ſich bezieht. Auch iſt es erforderlich, auf eine Prüfung der Gründe einzugehen, durch welche das Stadtgericht ſich veranlaßt geſehen hat, dem Tage des erſten Decrets den 9. April 1816, als an welchem die Beklagten dem Kläger den Additional-Contract edirt haben, zu ſubſtituiren.

Dagegen iſt am Paſſendſten an dieſer Stelle der von den Beklagten geſtellte Antrag in Erwägung zu ziehen, daß bei der Zinſenberechnung derjenige Zeitraum, welcher auf die Verhandlungen über das juramentum in litem verwendet worden iſt, und zwar genauer die Zeit von dem, jenes juramentum für unſtatthaft erklärenden Stadtgerichts-Erkenntniſſe vom 9. September 1831 bis zu dem daſſelbe wieder herſtellenden Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniſſe vom 30. Juni 1834 in Ausfall zu bringen ſei. Dieſem Antrage konnte nicht entſprochen werden. Nicht ſowohl, weil, wie der Kläger geltend macht, aus dem zwiſchen jenen Erkenntniſſen in der Mitte liegenden Erlanger Facultäts-Erkenntniſſe vom 2. Auguſt 1833 erhellt, daß der Kläger nicht ohne Grund Zulaſſung zu dem bezeichneten Eide verlangt und nach Zurückweiſung ſeines Verlangens appellirt habe, ſondern weil bei der Berechnung der Verzugs- und ſpeciell der Prozeßzinſen

Unterſcheidungen, wie die Beklagten hier gemacht wiſſen wollen, keine Billigung finden können. Der Geſichtspunkt, daß die Entziehung des dem Kläger definitiv zuzuerkennenden Geldbetrages einerſeits und die Möglichkeit und ſelbſt Wahrſcheinlichkeit der Nutzbarmachung des letzteren auf Seiten der Beklagten andererſeits ununterbrochen fortgedauert hat,

Savigny, Syſtem VI. S. 147/148,

ohne Zweifel in Verbindung mit der Erwägung, daß bei einem Nebenpunkte, wie Verzugs- oder Prozeßzinſen, minutieuſe Unterſuchung darüber, ob die mora der Beklagten durch ungehörige Maaßregeln des Klägers zeitweiſe als aufgehoben oder doch effectlos gemacht anzuſehen geweſen ſei, nicht motivirt erſcheinen — hat zu der in der Praxis feſtſtehenden Regel geführt, daß Verzugs- und Prozeßzinſen indistincte für alle Zeiträume vom Beginne der mora oder des Prozeſſes bis zu deſſen Ende zugeſprochen werden.

Es kommt dann

b) auf den Antrag des Klägers an, demſelben

aa) Zinſen ſchon vom 15. Januar 1814, als demjenigen Tage, an welchem die Beklagten die letzte Zahlung von dem damaligen Frankfurtiſchen Gouvernement erhalten haben, zuzuerkennen,

eventualiter

bb) in Beziehung auf den Anfangszeitpunkt des Zinſenlaufes die klägeriſche Behauptung zu berückſichtigen, daß die Beklagten ſchon vor der Klagſtellung von dem Kläger — und zwar wiederholt gemahnt worden ſeien.

Anlangend den Punkt:

sub aa) ſo würde freilich kein Bedenken vorhanden ſein, dem klägeriſchen Antrage zu entſprechen, wenn angenommen werden könnte, daß ſchon mit dem 15. Januar 1814 ein den Parteien gemeinſchaftlich gehöriges Capital exiſtent geworden wäre, und als ſolches im Beſitze der Beklagten ſich befunden hätte. Denn dann würde nach der

L. 1. §. 1. D. de usuris 22. 1,

weil die Beklagten „pecuniam communem in suos usus converterint" und zwar „etiam mora non interveniente" die Verpflich-

tung zur Zinſenvergütung als eingetreten anzunehmen geweſen ſein. Ein in suos usus convertere der Beklagten wäre nämlich im vorliegenden Falle, wo die Beklagten Kaufleute und ſpeciell Banquiers ſind, nicht beſonders zu beweiſen geweſen, da unter den angegebenen Umſtänden die Vermuthung für die Nutzbarmachung der Gelder in dem Beſitze der Beklagten geſprochen haben würde.

Allein eine communis pecunia konnte damals noch nicht als vorhanden angenommen werden. Die Beklagten erhoben die Gouvernementszahlung nicht für die Gemeinſchaft, ſondern für ſich, und mithin wurden ſelbſt nicht diejenigen Theile jener Zahlungen, welche die Geſammtſumme der für die Anſchaffung des Lieferungsgegenſtandes verausgabten Gelder überſtiegen, zu gemeinſchaftlichen Geldbeträgen beider Partheien.

Nur eine Verpflichtung, den vorgedachten Ueberſchuß gemeinſchaftlich zu machen, beſtand auf Seiten der Beklagten, und mithin hätte erſt, wenn die Beklagten in Betreff dieſer Verbindlichkeit in mora verſetzt geweſen wären, eine Verzinſungspflicht angenommen werden können.

Auch die Berufung des Klägers auf die

L. 60. pr. Dig. pro socio 17. 2

iſt wirkungslos. Denn dieſes Geſetz, welches freilich nicht, wie die L. 1. Dig. de usuris eine pecunia communis vorausſetzt, ſondern von der hier in Betracht kommenden Verpflichtung des einen socius redet, ſeinem Theilnehmer oder ſeinen Theilnehmern deren Gewinn-Antheile auszukehren, ſchreibt für die Unterlaſſung dieſer Verbindlichkeit Verzinſungspflicht nur dann vor, wenn mora und Nutzbarmachung des Geldes anzunehmen ſein ſollte.

Vergl. über die richtige Auslegung dieſer L. Glück XV. S. 447 Note 77.

Demnach kann nicht ſchon ohne Weiteres mit dem Eingange der letzten Gouvernementszahlung die Verzinſungspflicht als eingetreten angenommen werden, vielmehr kommt es

ad bb) darauf an, ob eine dem 28. December 1815 (als dem Tage des Prozeß-Anfanges) vorangegangene in mora-Verſetzung bereits in den Acten vorliege, oder doch genugſam

behauptet worden ſei, um dem Kläger noch eine Beweisführung in Betreff dieſes Punktes zu verſtatten.

Nun liegt freilich ein Beweis geſchehener Mahnung in Betreff des bezeichneten Zeitraums nicht vor, dagegen hat ſich das Ober-Appellationsgericht über die Verſtattung einer Beweisführung des gedachten Punktes halber ſchon früher zu Gunſten des Klägers ausgeſprochen, und da der Kläger auch neuerdings mit Beſtimmtheit auf die Behauptung zurückgekommen iſt,

„die Beklagten wirklich ſchon 1813 und 1814 in eigentlichen Verzug geſetzt zu haben,"

ſo wird neben der Feſtſetzung des 28. December 1815, als des im Uebrigen zum Anfangszeitpunkte des Zinſenlaufes zu beſtimmenden Tages, dem Kläger eine Beweisführung zu verſtatten ſein, bei welcher indeſſen nicht weiter als bis auf den 15. Januar 1814, als von welchem an der Kläger jetzt nur noch Zinſen fordert, wird zurückgegangen werden dürfen.

ad 2) Gravamen des Klägers 3.

Der Kläger verlangt, daß ihm nicht nur, wie von den früheren Inſtanzen geſchehen, einfache Zinſen, ſondern außerdem Zinſen der Zinſen zugeſprochen werden ſollten.

Nun ſtehen aber dieſem Verlangen das abſolute Verbot der usurae usurarum im Römiſchen Rechte

L. 28. Dig. de usuris 4. 32.

L. 3. Cod. de usuris rei judicatae 7. 54 (usurarum usuras penitus esse delendas).

und deſſen von dem Kläger ohne Grund beſtrittene Reception in die deutſche Praxis entſchieden entgegen.

Ueber dieſe letztere finden ſich zahlreiche Zeugniſſe bei

Glück XXI. S. 119 Note 52/53,

und auch die neueren Rechtslehrer ſtimmen über die fortdauernde Gültigkeit jenes Verbotes überein,

Thibaut, Pandecten § 285.

Wenig-Jugenheim III. § 72.

Mühlenbruch III. § 362.

Göſchen, Vorleſungen § 408. III. S. 120.

Savigny, System I. S. 179.

Puchta, Pandecten § 229.

wie denn auch neuere Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe sich in gleicher Weise erklärt haben,

Seuffert, Archiv III. S. 192 bis 195. VII. S. 341/342.

so daß, nur insofern Kaufleute mit einander in Contocorrent-Berechnung stehen, eine Ausnahme zu statuiren ist. Anlangend speciell das zu Frankfurt geltende Recht, so erkennen nicht nur die dortigen Schriftsteller das Verbot der usurae usurarum als bestehend und in der Praxis wirksam an,

Orth, Fortsetzung I. S. 159.

Adlerflycht, §. 417 mit (III. S. 740).

Bender, S. 353,

sondern dasselbe findet sich auch ausdrücklich in der

Reformation II. 12. §. 5

ausgesprochen, insofern der „Umbschlag" selbst Denjenigen (den Juden) untersagt ist, welche im Uebrigen in Betreff des Zinsennehmens einigermaaßen bevorrechtet waren.

Die verschiedenen Argumentationen, durch welche der Kläger das gesetzliche Verbot zu umgehen sucht, insofern der Gesichtspunkt des Interesse, der Bereicherung der negotiorum gestio u. s. w. in Betracht komme, sind schon an sich bei der klaren Bestimmung der angezogenen Gesetze („nullo modo licere," „penitus esse delendas") hinfällig, außerdem könnten sie auch deßhalb keine Berücksichtigung finden, weil der Kläger, wenn er besondere Rechtstitel hätte geltend machen wollen, um eine Summe, welche im Resultate einer Anatocismus-Berechnung gleich oder nahe gekommen wäre, zu fordern, dieß in der Klage, oder doch zu einem geeigneten Zeitpunkte vor dem Schlusse der Instruction hätte thun müssen.

ad 3) Gravamen der Beklagten 6.

Bei dieser Beschwerde handelt es sich um denjenigen Belauf, welcher dem Kläger über den Betrag des Capitals hinaus „ultra alterum tantum" an Zinsen von den beiden früheren Instanzen zuerkannt worden ist.

Dieſe Beſchwerde iſt unverkennbar geeignet, erhebliche Bedenken zu erregen, denn das Verbot der usurae ultra alterum tantum iſt mit derſelben Beſtimmtheit und Allgemeinheit im Römiſchen Rechte ausgeſprochen, wie dasjenige der usurae usurarum.

L. 26. § 1 Dig. de cond. indeb. 12. 6.

L. 10 und L. 27. §. 1. Cod. de usuris 4. 32.

Auch hat das Ober-Appellationsgericht in früheren Entſcheidungen, namentlich auch in Frankfurtiſchen Sachen jenes Verbot als in der Praxis ſchlechthin anwendbar behandelt.

Präjudicate bei Bender, Priv. R. S. 353 Note 5.

Gleichwohl mußte nach nochmaliger Erwägung dieſes Punktes und in Berückſichtigung einer vielfältig bezeugten gemeinrechtlichen Praxis

z. B. Pufendorff, Observat. jur. civ. II. obs. 14. § 6.
Struben, rechtl. Bed. I. Bed. 123.
Kind, Quaest. for. T. IV. cap. 47. § 259.
Pfeiffer, Rechtl. Ausf. VII. S. 42.
Seuffert, Archiv II. S. 339.

die frühere Auffaſſung verlaſſen und das Verbot der usurae usurarum ultra alterum tantum als nur diejenigen Fälle treffend behandelt werden, in welchen der Gläubiger die Zinſen ruhig über den Belauf der Capitalien hat anſchwellen laſſen, und nicht die ihm zu Gebote ſtehenden Mittel, nämlich gerichtliche Schritte oder denſelben gleich zu achtende Maaßregeln (z. B. gerichtliche Proteſtationen contra debitorem absentem) angewendet hat, um zur Zahlung der Zinſen zu gelangen.

In Betreff des zu Frankfurt geltenden Rechts insbeſondere ſprach für dieſe Auffaſſung, daß die Reform. keine Beſtimmungen über den fraglichen Gegenſtand enthält, und daß ſchon

Orth, 1. Fortſ. S. 102 — 105,

denſelben für controvers erklärt und auf die das alterum tantum überſchreitende Praxis des Reichskammergerichts hinweiſt, wie denn auch die klägeriſchen Angaben über in neuerer Zeit vom Stadtgerichte, ſowie von Facultäten in Frankfurtiſchen Sachen abgegebene Erkenntniſſe, durch welche der fragliche Rechtsſatz im obigen Sinne behandelt worden ſei, beklagtiſcher Seits ohne Widerſpruch geblieben ſind.

ad III. den Koſtenpunkt anlangend. — — Es handelt ſich hierbei, da über die in den höheren Inſtanzen aufgelaufenen Koſten bei den betreffenden Appellationen jedesmal entſchieden worden iſt, nur um Koſten erſter Inſtanz. Auch über einen bedeutenden Theil dieſer Koſten, nämlich über die bis zum Sept. 1831 entſtandenen, iſt rechtskräftig und zwar zum Nachtheil der Beklagten entſchieden worden.

Auch aus ſpäterer Zeit findet ſich die Entſcheidung über die Koſten einer Zwiſchenverhandlung (Juli 1851 bis April 1853), ſo daß es ſich gegenwärtig um diejenigen nach dem September 1831 — genau ſeit dem 5. Auguſt 1834 inclus. — bis zum letzten Stadtgerichts-Erkenntniſſe vom 23. October 1853 aufgelaufenen Koſten handelt, ſoweit nicht über einzelne Abtheilungen derſelben ſeparat entſchieden worden iſt.

Was nun dieſe Koſten anlangt, ſo würde eine Compenſation derſelben — auf welche die Beklagten antragen — nicht gerechtfertigt werden können, und zwar ſo wenig in Betracht des Ausganges des Prozeſſes, als nach der Art und Weiſe, in welcher die Partheien in ſelbigem verfahren ſind.

Anlangend den Ausgang des Prozeſſes, ſo iſt derſelbe im Weſentlichen den Anträgen des Klägers entſprechend geweſen. Derſelbe hat einen ihm aus dem Geſchäfte zukommenden Gewinn-Antheil, welcher ihm von den Beklagten gänzlich ſtreitig gemacht worden iſt, in Anſpruch genommen, und ein ſolcher iſt ihm ſchließlich zugeſprochen worden. Daß ſtatt urſprünglich geforderter fl. 15,754. 25 kr. — des anfänglich mit in litem gebrachten Antheils an einer angeblichen Extra-Gratification von fl. 10,000 wird demnächſt beſonders Erwähnung geſchehen — dem Kläger ſchließlich circa fl. 3000 weniger zugeſprochen worden ſind, beruht hauptſächlich auf Umſtänden, welche der Prozeßführung des Klägers nicht zum erheblichen Vorwurf gereichen, erſtens darauf, daß der Kläger den Contract-Preis für den Roggen der zweiten Lieferung auf fl. 13 ſtatt auf fl. 10. veranſchlagt, und zweitens, daß er einige der kleinen Geſchäftsſpeſen um ein Geringes höher angeſetzt hat, als die Sachverſtändigen dieß ſchließlich für angemeſſen erklärt haben. Allein die Ungewißheit, in welcher der Punkt wegen jenes Contract-Preiſes ſtand, iſt von den Beklagten durch Vorenthaltung

des Miniſterialſchreibens verſchuldet, wie denn die Weiterungen, welche ſie dem Kläger beſonders in dieſer Beziehung entgegengeſetzt haben, denſelben wohl auf den Gedanken bringen konnten, daß eine beſondere Gefährdung für ihn in jenem Verfahren der Beklagten liege, und daß zu ſeiner Verkürzung die mancherlei von den Beklagten unternommenen Weiterungen beſtimmt ſeien. Auch hat die Differenz der fl. 3 den Prozeß keineswegs veranlaßt, denn in Betreff aller übrigen Punkte des Rechnungsverhältniſſes iſt dem Kläger von Seiten der Beklagten, und zwar mit gleicher Hartnäckigkeit und Ausdauer, Widerſtand entgegengeſetzt worden.

Bedeutungslos ſind vollends für den Koſtenpunkt die wenigen kleinen Differenzpunkte, in Betreff deren dem Kläger ſchließlich nicht Dasjenige zugeſprochen worden iſt, was er urſprünglich in Anſpruch genommen hat. Auch kommt hier in Betracht, daß die Sachverſtändigen, welche einige Speſen-Anſätze des Klägers für etwas zu hoch berechnet erklärt haben, in Betreff anderer Poſten der Anſicht geweſen ſind, daß dieſelben das gewöhnliche Maaß nicht erreichten. Konnte auch dem Kläger für die Poſten der letztgedachten Art nicht mehr zugeſprochen werden, als er verlangt hatte, ſo erhellt doch aus dem vorbemerkten Umſtande, daß ihm hier keine ſchuldvolle Pluspetition zur Laſt zu bringen ſein würde, wenn es überhaupt auf dieſe geringfügigen Streitpunkte ankäme.

In der Widerklage haben die Beklagten gänzlich unterlegen.

Was die Art und Weiſe der Prozeßführung auf Seiten der Beklagten betrifft, ſo kann dieſelbe auf keine Weiſe gebilligt werden. Nur dem Beſtreiten aller und jeder klägeriſchen Angaben, nur ihren ausweichenden und verzögerlichen Maaßregeln und der Anwendung ſelbſt ſolcher Proceduren, von denen ſie ſelbſt keinen Erfolg erwarten konnten, iſt die ungewöhnliche Dauer des Prozeſſes und die große Anzahl ſolcher Prozeßhandlungen beizulaſſen, zu denen es bei loyaler Prozeßführung nicht gekommen ſein würde.

Hat nun auch dieſem Verfahren gegenüber die klägeriſche Partei Alles aufgeboten, was an prozeſſualiſchen Mitteln zum Widerſtande ſich darbot, ſo iſt dieß doch nur zur Abwehr der beklagtiſchen Maaßregeln geſchehen, und, obſchon das Beſtreben des Klägers bekundet worden iſt, möglichſt viel zu verlangen, ſo

ist doch zugleich immer auf eine baldigst mögliche Beendigung des Prozesses von ihnen hingewirkt worden.

Nach dem Bemerkten, und da der Umstand, daß eine große Anzahl der Streitpunkte durch Eidesleistung erledigt worden ist, eine Compensation der Kosten nicht zu rechtfertigen vermag, scheint eine Verurtheilung der Beklagten in die hier besprochenen Kosten motivirt, und nur in einer Beziehung ist Grund zu einer Ausnahme vorhanden. Der Kläger hat die bereits vorhin erwähnte Behauptung der den Beklagten vom Gouvernement zugesicherten Extra-Gratification von fl. 10,000 aufgestellt, ohne daß er, zufolge der Acten, irgend einen Anhaltspunkt hierfür gehabt hätte. Das Unterliegen mit dem hierauf gestellten Antrage stellt sich demnach als eine nicht entschuldbare Pluspetition dar, und den Umständen nach ist dieser letzteren die Wirkung beizulegen, daß ein Viertheil der in erster Instanz vom 5. August 1834 bis zum 1. Juni 1835 incl. aufgelaufenen Kosten zu compensiren, wogegen die Beklagten zur Tragung und Erstattung der übrigen hier in Betracht kommenden Kosten zu verurtheilen sind.

ad IV. Die beklagtische Beschwerde II und die klägerische Beschwerde I, den theilweise resp. versagten und verstatteten Suspensiv-Effect der gegen das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 24. October 1853 ergriffenen beklagtischen Appellation betreffend, sind in gegenwärtiger Sachlage objectlos, und es bedarf deßhalb keines Eingehens auf das Materielle der von den Parteien berührten Punkte.

Die Compensation der Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz war eine Selbstfolge der Verwerfung fast sämmtlicher Beschwerden beider Theile.

Auszug aus den Seite 238 und 241 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

a. Parrell ca. Weidenbusch 1835.

Es muß daher auch hinsichtlich jener vier weiteren Posten von zusammen fl. 116. 4 kr. die Forderung selbst als rechtskräftig feststehend angesehen werden.

Da ſich indeſſen wegen der erſtgedachten Condemnationsſumme unter 1) dadurch, daß der erſte Poſten im debet des Conto (3) act. I. inst., welcher wirklich nur fl. 334. 30 kr. beträgt, als fl. 337. 30 kr. geleſen worden, in die früheren Erkenntniſſe aller Inſtanzen der Irrthum eingeſchlichen, daß der Totalbetrag ſtatt auf fl. 713. 14 kr. auf fl. 716. 14 kr. beſtimmt wurde, und folgeweiſe hiervon die Beklagten in dem letzten Erkenntniſſe des Stadtgerichts zuſammen in fl. 832. 18 kr. ſtatt fl. 829 18 kr. verurtheilt worden ſind, ſo konnte es kein Bedenken haben, dieſen Irrthum, der in jeder Hinſicht einem error calculi gleich zu achten iſt, in dem gegenwärtigen Erkenntniſſe auch von Amtswegen zu berichtigen.

— — — — — — — — — — — — — —

b. von Leonhard und Blum ca. Stiebel 1837.

Im vorliegenden Falle würde die von dem Beklagten bezweckte Vermuthung, wenn ſie zu begründen wäre, ſeinen eigenen klaren gerichtlichen Geſtändniſſen, wodurch die Kläger ihren Hauptbeweis erbracht haben, mithin nach Stadt-Reformation I. 29. § 1 der ſtärkſten Beweiſung gegenüber ſtehen, welche ebenſo gehalten werden ſoll, als wäre es mit Urtheil und Recht allbereit erkannt worden. Hiernach erſcheint Dasjenige, was der Beklagte durch die Production des Hauptbuches bezweckt, ſelbſt im glücklichſten Falle, daß er darin mit den fraglichen Looſen gar nicht debitirt ſtände, als völlig unerheblich.

Ein Gegenbeweis gegen gerichtliches Geſtändniß iſt nicht durch bloße Conjecturen zu führen, ſondern nur dadurch, daß man ſolches als aus Irrthum geſchehen, und den wahren Zuſammenhang der Sache, auch wie man in dieſen Irrthum verfallen ſei, hinreichend nachweiſt, womit auch die Stadt-Reformation § 2. a. a. O. in den Worten:

„aus Irrſal (ſo beweislich) geſchehen"

übereinſtimmt. — — — — — — — — — — —

c. Heintz ca. Heintz 1848.

Wenn nun gleich die Anſicht der neueren Rechtslehrer überwiegend dahin geht, daß auch das gerichtliche Geſtändniß nur als

vollſtändiger Beweis aufzufaſſen ſei und daher den Gegenbeweis nicht ausſchließe,

Danz, bürgerl. Proz. § 299.

Weber, Beweisführung IV. § 7.

Martin, Lehrbuch § 128, Note X.

Bethmann-Holweg, Verſuche, S. 310 inf.

ſo beſtimmt doch die Frankfurter Reformation der zur Zeit ihrer Abfaſſung noch herrſchenden Lehre gemäß

Bethmann-Holweg, a. a. O. S. 295 und 296.

die Wirkungen des gerichtlichen Geſtändniſſes nach dem Grundſatze des Römiſchen Rechtes confessus pro judicato est, und geſtattet daher nicht, daſſelbe, inſofern es ſonſt rechtsbeſtändig iſt, durch bloßen Gegenbeweis, ſondern nur durch den Beweis, daß es auf einem Irrthume beruht habe, zu beſeitigen,

Reform. I. 29. § 1. 2.

Orth, Anmerk. IV. S. 628 und 629.

Das Gleiche gilt aber um ſo mehr von dem in Folge der contumacia eintretenden fingirten Geſtändniſſe, da ja auch dieſes ein gerichtliches iſt, und es ſich hier ſogar fragt, ob es ſelbſt, wie das ausdrückliche, durch den Beweis des Irrthums beſeitigt werden kann, was wenigſtens vom Ober-Appellationsgerichte bereits wiederholt verneinend entſchieden iſt.

Derſchow ca. Wentzel vom Jahr 1840.

Rathſam ca. Müller & Comp. vom Jahr 1841.

Da nun aber die Beklagte keineswegs ein aus Irrthum, ſondern ein wiſſentlich abgelegtes unwahres Geſtändniß behauptet, ſo kann dieſe Behauptung jenen gerichtlichen Geſtändniſſen gegenüber keinenfalls berückſichtigt werden. — — — — — — —

71.

Moritz Bauer zu Wien, Kläger wider die Curatoren des **Johann Ludwig Lemmé** zu Frankfurt, Beklagte, wegen zweier Forderungen.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 4. Februar 1853.

In Erwägung daß

— — — — — — — — — — — — —

4) beklagter Theil die Aechtheit der Unterschriften der Cedenten auf den Cessions-Urkunden [4] und [6] act. in Abrede stellt und

5) hinsichtlich sämmtlicher Urkunden die Einrede der Simulation vorschützt,

6) der angebliche Umstand, daß die Cedenten von den Cessionarien keine Befriedigung erhalten haben, wenn derselbe erwiesen würde, lediglich etwa als adminiculum des von dem beklagten Theile zu führenden Beweises der Simulation zu betrachten wäre,

7) die Forderung von fl. 3600 anbelangend, — —

wird zu Recht erkannt:

— — — — — — — — — — — — —

II. haben, salva reprobatione, — — zu beweisen:

A. der Kläger,

daß die auf den Cessions-Urkunden [4] und [6] act. befindlichen Unterschriften der Cedenten Baron von Bothmer und resp. Joseph Perlmutter ächt seien;

B. beklagter Theil,

1) daß die Urkunden [3, 4, 5] und [6] act. nur zum Schein ausgestellt seien, und daß es nicht die Absicht der Partheien gewesen sei, die in denselben erwähnten Rechtsgeschäfte in Wirklichkeit abzuschließen. — — — — — — — —

Aus dem Erkenntniß des Appellationsgerichts

(Rechtsfacultät Tübingen)

vom 10. Mai 1854.

Erkannt:

— — — — — — — — — — — — — —

a) daß Kläger mit dem Beweiſe sub. II. A. zu verſchonen,

b) daß das Beweisthema sub II. B. 1 dahin abzuändern ſei, daß ſtatt der Worte: „und daß es nicht die Abſicht der Partheien geweſen ſei, die in demſelben erwähnten Rechtsgeſchäfte in Wirklichkeit abzuſchließen," die Worte: „und dahinter ein zwiſchen den Partheien wirklich Statt gefundenes anderes Rechtsgeſchäft zu verſtecken" zu ſetzen ſeien.

Die von den Beklagten gegen vorſtehendes Erkenntniß verfolgte Appellation wurde durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. November 1855 unter Verurtheilung der Appellanten in die Koſten dritter Inſtanz verworfen.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. In der Hauptſache haben die Beklagten zwei Beſchwerden aufgeſtellt, welche beide als unbegründet zu verwerfen waren.

I. die erſte Beſchwerde geht dahin, daß der Kläger von dem ihm in dem ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſe auferlegten Beweiſe der Aechtheit der auf den Ceſſionsurkunden [4] und [6] der Stadtger.-Acten befindlichen Unterſchriften der Cedenten von Bothmer und Perlmutter befreit, und jenes Erkenntniß nicht vielmehr in dieſem Punkte beſtätigt worden ſei.

1) Mit Recht hat das vorige Erkenntniß angenommen, daß, nachdem die Aechtheit der Unterſchrift des beklagtiſchen Curanden L. Lemmé unter den beiden gedachten Urkunden rechtskräftig für feſtgeſtellt erachtet worden ſei — wie ſie denn in voriger und jetziger Inſtanz von den Beklagten auch nicht weiter beſtritten wird — folgeweiſe auch die Thatſache der Ceſſion als hinlänglich erwieſen gelten müſſe, und es demnach auf einen beſonderen Aechtheitsbeweis für die Unterſchrift der beiden Cedenten nicht weiter ankomme. In der Urkunde [4] iſt zunächſt das zwiſchen dem

urſprünglichen Gläubiger und dem Ceſſionar (jetzt Kläger) abgeſchloſſene Ceſſionsgeſchäft niedergeſchrieben. Unmittelbar darauf, als Fortſetzung des nämlichen Contextes, folgt die Erklärung des Lemmé (des debitor cessus), daß er, dem Herrn Ceſſionar gegenüber, die Richtigkeit der obigen Schuld beſtätige, und ſich auf alle, in dem Hauptſchuldſchein übernommenen Verbindlichkeiten beziehe. Mag es nun dahingeſtellt bleiben, ob die Schlußclauſel:

„Urkunde deſſen, meine des Herrn Schuldners Lemmé — eigenhändige Fertigungen"

ſich auf den Inhalt der geſammten Urkunde, oder nur auf den letztvorhergehenden Satz beziehen ſollte, ſo iſt es doch nicht zweifelhaft, daß die dem Ceſſionar gegenüber erklärte Schuldanerkennung die Thatſache einer Ceſſion, und zwar gerade der unmittelbar vorher beurkundeten Ceſſion an den jetzigen Kläger vorausſetzt und hierüber ein Geſtändniß des Lemmé in ſich ſchließt.

Durch die fragliche Schuld-Anerkennung übernahm Lemmé in Gemäßheit des § 1396 des öſterreichiſch-bürgerlichen Geſetzbuches die Verpflichtung, den Kläger als ſeinen nunmehrigen Gläubiger zu befriedigen: er erkannte alſo damit den Uebergang der Forderung auf den Kläger als eine ihm bekannt gewordene vollendete Thatſache an.

Alles dieſes verhält ſich rückſichtlich der Urkunde [6] ganz ebenſo, ja es tritt hier die Anerkennung des Ceſſionsactes noch klarer hervor, indem die Unterſchrift des Cedenten (nebſt der zweier Zeugen) vorangeht, und unmittelbar darunter die Schuld-Anerkennung nochmals in einem beſonderen Satze ausgeſprochen und von Lemmé unterzeichnet iſt, ſo daß bei dieſer letzteren der Ceſſionsact um ſo beſtimmter ſich als ein bereits abgeſchloſſener darſtellt, und indem überdieß die in [4] nur implicite enthaltene Verpflichtung, den Ceſſionar als nunmehrigen Gläubiger zu befriedigen, ausdrücklich ausgeſprochen worden iſt.

Wenn die Beklagten hiergegen in jetziger Inſtanz erinnern, die Anerkennung der Ceſſion an den Kläger gebe noch keinen Beweis, daß die Ceſſion von den dazu berechtigten Perſonen, den urſprünglichen Darleihern, ausgegangen ſei, ſo widerlegt ſich dieſer Einwand dadurch, daß die beiden Ceſſionsurkunden, durch ihre im Eingang

enthaltene genaue Zurückbeziehung auf die Schuldſcheine ganz klar zu erkennen geben, wie ſie über ein Ceſſionsgeſchäft ausgeſtellt wurden, bei welchem die urſprünglichen Darleiher ſelbſt als Cedenten auftreten. Da nun Lemmé durch eben dieſen Ceſſionsact veranlaßt wurde, den Uebergang der Forderung auf den jetzigen Kläger anzuerkennen, ſo erkannte er damit auch an, daß die Uebertragung von den dazu berechtigten Perſonen, den urſprünglichen Darleihern ausgegangen ſei. Erheblich verſtärkt wird überdieß der darin liegende Beweis durch den Umſtand, daß neben den Ceſſions-Urkunden auch die Original-Schuldſcheine im Beſitze des Klägers waren und bei Anſtellung der Klage producirt worden ſind.

Bei weſentlich ganz gleicher Lage der Sache iſt auch bereits in zwei früheren Rechtsſachen der jetzigen Beklagten

Klemm ca. Lemmé — 8. März 1853.

Wieſenburg ca. Lemmé — 12. März 1853. *)

vom Ober-Appellationsgericht gleichmäßig angenommen worden, daß durch die dem Ceſſionar gegenüber erklärte Schuld-Anerkennung zugleich der Beweis der Ceſſion als erbracht anzuſehen ſei.

Unter dieſen Umſtänden konnten die übrigen Argumente, welche der Kläger für ſeine Verſchonung mit dem ihm vom Stadtgericht auferlegten Beweis geltend gemacht hat, ebenſowohl auf ſich beruhen bleiben, als die von den Beklagten dawider ausgeführten Gegengründe.

Vielmehr kam nur noch

2) in Frage, ob der vorliegende Beweis etwa durch die im Appellations-Libell der Beklagten freilich nur ganz beiläufig berührte Behauptung, daß die in Rede ſtehenden Urkunden als Blankete, vor Ausfüllung des Namens der Darleiher und des Ceſſionars von Lemmé unterzeichnet worden ſeien, entkräftet zu werden vermöge.

Dieß war nun ſchon aus formellen Gründen ſehr zweifelhaft, denn wenn auch die fragliche, zuerſt in der Duplik vorgebrachte Behauptung, ſoweit ſie zur Entkräftung des Lemmé'ſchen Geſtändniſſes über den Ceſſionsact dienen ſoll, eine Beweisfrage betrifft, und inſofern nicht für verſpätet zu halten ſein würde, ſo erſchien

*) Siehe Seite 264 und 265.

es doch bedenklich, ob ſie zu dem eben bemerkten Zweck benützt werden dürfe, da ſie in der Duplik gar nicht in dieſer Richtung, ſondern lediglich zur näheren Begründung der Einrede der Simulation — in welcher letzteren Beziehung auch ihre Mitbenutzung den Beklagten nach Inhalt des vorigen Erkenntniſſes unbenommen bleibt — vorgebracht worden iſt, und die Beklagten ſich wegen der jetzt noch früher zu einem Entkräftungsbeweis in der jetzt fraglichen Richtung erboten haben.

Es bedurfte indeſſen keiner Entſcheidung über dieſes formelle Bedenken, weil die aufgeworfene Frage doch aus materiellen Gründen zu verneinen war. Was nämlich

a) die Namen der Darleiher betrifft, ſo iſt es zunächſt gleichgültig, ob dieſelben zur Zeit, als Lemmé die Ceſſions-Urkunden mit der angehängten Schuld-Anerkennung unterſchrieb, bereits in den Schuldſcheinen [3] und [5] eingetragen waren, oder nicht. Denn durch jene Unterſchrift erkannte er nach der obigen Ausführung an, daß die Ceſſion von denjenigen Perſonen ausging, von welchen er auf Grund der beiden Schuldſcheine die darin bezeichneten Darlehen empfangen haben ſoll, und in der jetzigen Lage der Sache ſteht es rechtskräftig feſt, daß, wenn nicht die nachgelaſſenen Einredebeweiſe geführt werden, Lemmé wirklich der Darlehnsſchuldner der jetzt in den Schuldſcheinen aufgeführten Gläubiger geworden war. In den Ceſſions-Urkunden ſodann kommt der Name der Darleiher überhaupt nur als Unterſchrift der Cedenten vor, wenn aber die Aechtheit dieſer Unterſchrift nach dem Obigen ganz unentſchieden bleiben kann, ſo iſt es auch unerheblich, ob dieſelbe zur Zeit, als Lemmé unterzeichnete, ſich ſchon auf den Urkunden befand, oder nicht. Sonach früge ſich bloß

b) ob der Beweis der Ceſſion entkräftet ſein würde, wenn der Name des Ceſſionars zur gedachten Zeit in den Urkunden [4] und [6] noch unausgefüllt geweſen wäre. Auch dieß war aber zu verneinen. Denn in der von Lemmé bewirkten Unterzeichnung der Urkunden würde doch immer das Geſtändniß einer Ceſſion in blanco mit der Beſtimmung für einen künftigen Ceſſionar liegen; da nun der Kläger bei Anſtellung der Klage ſich im Beſitze der Urkunden nach Ausfüllung ſeines Namens befand,

ſo kann kein Zweifel übrig bleiben, daß die Ceſſion an ihn auch zur Vollendung gekommen iſt, wie das Ober-Appellationsgericht gleichfalls bereits in den beiden oben angeführten Präjudicaten *) angenommen hat. Uebrigens haben die Beklagten in jetziger Inſtanz, unter der Vorausſetzung, daß überhaupt eine Ceſſion Statt gefunden habe, nicht einmal beſtritten, daß der Kläger der Ceſſionar ſei.

II. Die zweite Beſchwerde der Beklagten iſt eine Wiederholung des zweiten Abſchnittes ihrer vierten Beſchwerde voriger Inſtanz, und geht dahin, daß ihnen der Beweis der behaupteten Nichtberichtigung der Ceſſions-Valuta hätte nachgelaſſen werden ſollen.

Es ſteht nun

1) ſoviel außer Zweifel, daß es den Beklagten durch die beiden vorigen Erkenntniſſe nicht abgeſchnitten worden iſt, von der fraglichen Behauptung bei der Beweisführung über die Einrede der Simulation Gebrauch zu machen. Denn wenn auch die vierte klägeriſche Beſchwerde voriger Inſtanz nur aus formellen Gründen verworfen worden iſt, und demgemäß die Sententia a qua ſich noch nicht poſitiv darüber ausgeſprochen hat, ob und welche Erheblichkeit jener Behauptung für die Einrede der Simulation beizulegen ſein werde, ſo iſt doch jedenfalls den Beklagten in dieſer Beziehung noch nichts aberkannt worden, und es fehlte ihnen daher, ſoweit der künftige Beweis der erwähnten Einrede in Frage ſteht, an jedem Grund zu einer Beſchwerde, während freilich, abweichend von der sententia a qua, zugegeben werden muß, daß ihr gravamen 4 Abſch. 2 voriger Inſtanz ſich mit auf dieſen Streitpunkt bezog, formell alſo auch nichts im Wege ſtand, die Beſchwerde in eben dieſer Richtung zu wiederholen. Sollten die Beklagten aber etwa gemeint haben, es hätte ſchon die Nichtberichtigung der Ceſſions-Valuta allein zur Begründung der Simulations-Einrede als genügend anerkannt werden müſſen, ſo würde ein ſolches Verlangen keiner Widerlegung bedürfen.

Ebenſo wenig konnte

---

*) Siehe Seite 264.

2) die aus der fraglichen Behauptung hergenommene ſelbſtſtändige Einrede gegen die Sachlegitimation des Klägers für erheblich erachtet werden.

Dem Entſcheidungsgrund der Sententia a qua, daß nach der eigenen Behauptung der Beklagten der Kläger ſelbſt zwei Darlehen hergegeben habe und nur fingirte Ceſſionen hinzugetreten ſeien, darum aber auf die Frage, ob die Zahlung der Ceſſions-Valuta zur Rechtsgültigkeit der Ceſſionen erforderlich ſei, oder nicht, gar nichts ankomme, ließ ſich allerdings nicht beipflichten. Denn die vorgeſchützte Fiction der Ceſſionen iſt eine noch unbewieſene Einrede, und es kann den Beklagten nicht benommen ſein, für den Fall, daß ihnen deren Beweis mißlingen ſollte, noch weitere gegen die Wirkſamkeit der Ceſſionen vorgeſchützte Einreden zu verfolgen.

Allein die Einrede iſt an ſich unbegründet. Es kann hier dahingeſtellt bleiben, ob gemeinrechtlich ein Ceſſionar bei Geltendmachung der cedirten Forderung ſich über den Rechtstitel der Uebertragung auszuweiſen verbunden ſei, oder ob nicht ſchon die Ceſſion ſelbſt, als mandatum actionis, den Ceſſionar zur gerichtlichen Verfolgung befähige, denn jedenfalls muß Letzteres nach dem hier entſcheidenden Oeſterreichiſchen Rechte angenommen werden, da im § 1392, 1394 bis 1396 des öſterreichiſch-bürgerlichen Geſetzbuches der Uebergang der Forderung lediglich von dem Acte der Abtretung und der dazu kommenden Benachrichtigung des Schuldners abhängig geworden iſt. Im vorliegenden Fall iſt überdieß die ohne Angabe irgend eines Rechtstitels der Ceſſion angeſtellte Klage bereits rechtskräftig zugelaſſen worden. Wenn ſomit aber der Ceſſionsact allein zur Sachlegitimation der Kläger ausreichte und als ausreichend anerkannt wurde, ſo folgt, daß es auch unerheblich ſein würde, wenn ein Mangel an dem vorausgegangenen Rechtstitel nachgewieſen werden ſollte. Nur dann würde dieß an dem Ceſſionsact etwas ändern, wenn der Cedent einen dahin gehörigen Umſtand zur Bedingung ſeiner Abtretung gemacht hätte. Daß aber aus der einfachen Erwähnung der berechtigten Ceſſions-Valuta in den vorliegenden Urkunden eine ſolche Bedingung zu folgern ſei, iſt eine keiner Widerlegung bedürfende Behauptung der Beklagten.

Auch würde es zu keinem anderen Reſultate führen, wenn man auf die Auffaſſung der Beklagten eingehen wollte, daß, weil die Berichtigung der Ceſſions-Valuta erwähnt ſei, ein Kauf als Titel der Uebertragung zu Grunde gelegt werden müſſe. Denn, wie die Beklagten nicht beſtreiten, gilt die lex Anastasiana weder in Oeſterreich, noch in Frankfurt mehr. Wenn aber eine Geſetzgebung die lex Anastasiana beſeitigt, ſo kann dieß eben keine andere Bedeutung haben, als die, daß die Geltendmachung einer durch Kauf erworbenen Forderung von der vorgängigen Berichtigung des Kaufpreiſes unabhängig ſein ſoll. Uebrigens würde den Beklagten auch der § 1063 des öſterreichiſch-bürgerlichen Geſetzbuches entgegenſtehen. — — — — — — — —

Auszug aus den Seite 260 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. Klemm, geb. Kummer, ca. Lemmé 1853.

Das Vorbringen der Beklagten nun, daß zur Zeit der Schuldanerkennung der Name der Ceſſionarin noch nicht eingetragen geweſen ſei, kann

a) nicht als verſäumt angeſehen werden ꝛc.

Das fragliche Vorbringen der Beklagten ſtellt ſich aber

b) als unerheblich dar. Der § 1396 des öſterreichiſchen Geſetzbuchs ſpricht in ſeinem letzten Satz nicht etwa von einem Zahlungsverſprechen, einem constitutum debiti, ſondern nur von Anerkennung der Richtigkeit der Forderung durch den Schuldner, alſo von einem einſeitigen Acte deſſelben. Wenn nun der bisherige Gläubiger eine in blanco ausgefertigte Ceſſions-Urkunde dem Schuldner vorlegt, und dieſer in derſelben Urkunde die Richtigkeit der Forderung zum Zwecke der Sicherſtellung des künftigen Ceſſionars und zu deſſen Beſten anerkennt, nachher der Gläubiger die Forderung einer beſtimmten Perſon cedirt, deren Namen ausfüllt und ihr die Ceſſions-Urkunde mit der darin enthaltenen Anerkennung des Schuldners übergibt, ſo kann es keinen Zweifel leiden, daß der Schuldner auf ſolche Weiſe die Richtigkeit der Forderung auch gegen den Ceſſionar anerkannt hat. Auch

läßt ſich mit Grund nicht einwenden, durch Zulaſſung des angegebenen Verfahrens bei Ceſſionen entſtehe die Gefahr, daß ein Dritter als Ceſſionar nur vorgeſchoben werde, um begründete Einreden zu beſeitigen; denn es hängt ganz vom freien Willen des Schuldners ab, ob er, bevor ihm die Perſon des Ceſſionars bekannt gemacht worden iſt, eine anerkennende Erklärung ausſtellen und dem Cedenten zum Gebrauch überlaſſen will.

Ein Fall der vorbezeichneten Art ſteht aber hier unzweifelhaft in Frage. Die Klagbeilage b) enthält eine vollſtändig ausgefertigte Ceſſion, an welche ſich unmittelbar die Erklärung Lemmé's über die Richtigkeit der Schuld anſchließt, und mit dem ausdrücklichen Verſprechen verbunden iſt, das fragliche Darlehen am Verfalltag an die Ceſſionarin zurückzuzahlen und inzwiſchen mit 6 pCt. zu verzinſen. Hatte daher Lemmé den Inhalt der Urkunde ohne Ausfüllung des Namens der Ceſſionarin vor dem Regimentsgericht genehmigt, ſo konnte dieß keine andere Bedeutung haben, als daß er dem Cedenten überließ, von der in der Urkunde enthaltenen Anerkennung für jeden einzutragenden Ceſſionar Gebrauch zu machen.

b. Wieſenburg ca. Lemmé 1853.

(Stimmt faſt wörtlich mit vorſtehendem Urtheil überein.)

72.

Die Vormünder des minderjährigen **Philipp Jacob V.**, Kläger, und Producenten, wider **L. F.**, Beklagten und Producten, Vaterschaft und Alimente betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 17. März 1854.

Da aus den Aussagen der vernommenen Zeugen sich so viel ergibt, daß producentischer Theil zum Erfüllungseide, welcher jedoch in substrato nur de credulitate zu leisten ist, zugelassen werden muß, so

wird zu Recht erkannt:

I. Würden die klagenden Vormünder eidlich erhärten, daß sie nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht anders wissen und glauben, als daß der Beklagte L. F. sich innerhalb des Zeitraums vom 3. November 1848 bis 1. März 1849 mit der A. E. V. geschlechtlich vermischt habe — so ist Beklagter schuldig, zur Alimentirung des von der A. E. V. geborenen Kindes vom 17. September 1849 ab bis zu dessen vollendetem 7ten Lebensjahre wöchentlich 45 kr., von da an bis zu dessen zurückgelegtem 14ten Lebensjahre wöchentlich fl. 1 — an den klagenden Theil zu zahlen und demselben die entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

II. Leistet klagender Theil vorstehenden Eid nicht, so wird derselbe mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatz der dem Beklagten verursachten Kosten verurtheilt.

Vorstehendes Urtheil wurde durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 10. Mai 1854 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. November 1855 bestätigt unter Berichtigung eines Schreibfehlers bezüglich des Anfangstermins der zu leistenden Alimente.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Kläger verlangen mittelſt ihrer erſten Beſchwerde, daß, für den Fall der Ableiſtung des durch das Stadtgericht normirten Erfüllungseides dem unter 1) der Klage geſtellten Antrage: den Beklagten zur nachträglichen Anerkennung ſeiner Vaterſchaft zu dem rubricirten Mündel der Kläger, gegenüber der Standesbuchführung, anzuhalten, beziehungsweiſe dieſe Anerkennung gerichtlich zu ſuppliren, Folge gegeben werde. Dieſem Verlangen ſtand jedoch nicht zu entſprechen.

Aus § 13. Abſch. 3 des Geſetzes vom 19. November 1850, die Standesbuchführung betreffend, ergibt ſich zwar, daß gerichtliche Erkenntniſſe vorkommen können, auf deren Grund die Beiſchreibung des außerehelichen Vaters in den Standesbüchern zu erfolgen hat; und daß hierbei nicht etwa bloß an Erlaſſe des Stadtgerichts II., als der die Standesbuchführung beaufſichtigenden Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ſondern auch an eigentliche, in Folge eines Civilprozeſſes ergangene Urtheile zu denken iſt, beweiſt, abgeſehen von dem grade auf ſolche Urtheile vorzugsweiſe zu beziehenden Ausdrucke „gerichtliche Erkenntniſſe," eine Vergleichung mit den Conſiſtorial-Protocoll-Auszügen vom 9. und 23. December 1728.

Beyerbach, Sammlung, 3ter Theil. No. 50 und 51. S. 570 und 571.

Daraus, daß ein gerichtliches Erkenntniß der gedachten Art überhaupt möglich iſt, folgt indeß in keiner Weiſe, daß daſſelbe auf Grund des Beweiſes derjenigen Thatſache erlaſſen werden könne, die genügt, um eine Verurtheilung zur Alimentirung der unehelichen Kinder auszuſprechen. Das Gegentheil hiervon ergibt ſich vielmehr ſchon daraus, daß der Alimentationsklage gegenüber, nach der vom Ober-Appellationsgerichte beſtätigten Praxis der Frankfurter Gerichte, die Einrede mehrerer Concumbenten nicht Platz greift, während es doch bedenklich ſein würde, Denjenigen als den außerehelichen Vater in die Standesbücher eintragen zu laſſen, deſſen Vaterſchaft durch den von ihm verſuchten Beweis, daß die Mutter des Kindes in zutreffender Zeit auch mit Anderen geſchlecht-

lichen Umgang gehabt, ganz in's Ungewiſſe gerückt wäre. — Man muß aber noch weiter gehen und im Hinblick insbeſondere auf Abſchn. 1 des § 13 des citirten Geſetzes vom 19. November 1850 und den, in der neueren Geſetzgebung beibehaltenen, § 12 der Verordnung vom 5. September 1811

Vergl. Allgem. Geſetz vom 8. Juli 1816, III. B^{b}. 16.

annehmen, daß nach Anſicht der Frankfurter Geſetzgebung nur durch eine vorausgegangene Anerkennung der Vaterſchaft von Seiten desjenigen, der als außerehelicher Vater beigeſchrieben werden ſoll, das Gericht in die Lage geſetzt wird, auf eine ſolche Weiſe über die Vaterſchaft ſich auszuſprechen, daß darauf ein Eintrag in die gedachten Bücher gegründet werden kann. — Dieſe Vorausſetzung liegt aber hier nicht vor. Beklagter hat ſeine Vaterſchaft im gegenwärtigen Prozeſſe geläugnet, und wenn auch in der Klage auf frühere außergerichtliche Anerkennungshandlungen deſſelben Bezug genommen worden iſt, und an und für ſich es fraglich ſein würde, ob nicht auf dieſe Anerkennungshandlungen der Klagantrag unter 1) geſtützt werden konnte, ſo muß doch in dem gegenwärtigen Stadium des Prozeſſes hiervon ganz abgeſehen werden. Denn das in den vorausgegangenen Anerkennungshandlungen etwa zu findende Klagfundament iſt bereits durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 7. December 1853 rechtskräftig verworfen, und Kläger verlangen dermalen auch nur, daß dem Klagantrage unter 1) für den Fall Folge gegeben werde, daß der, lediglich auf den geſchlechtlichen Umgang in zutreffender Zeit gerichtete, Erfüllungseid werde ausgeſchworen werden.

B. Die zweite, auf die Koſten voriger Inſtanz ſich beziehende Beſchwerde war ebenfalls zu verwerfen. Kläger ſind, als unterliegender Theil, in dieſe Koſten mit Recht verurtheilt worden. Wenn ſie hiergegen

1) darauf ſich berufen, daß ſie durch das Stadtgericht zu einer Beſchwerdeführung genöthigt worden ſeien, weil dieſes über den Klagantrag unter 1) überhaupt zu erkennen, verweigert habe, ſo iſt dieß unzutreffend. Das Stadtgericht hat dieſen Antrag im Erkenntniſſe vom 17. März v. J. ſtillſchweigend dadurch verworfen, daß es an die Ausſchwörung des normirten Erfüllungseides nur

die dort beſonders bezeichnete Folge knüpfte; und Kläger konnten über dieſe Bedeutung des Erkenntniſſes wenigſtens dann nicht mehr im Zweifel ſein, als das Gericht, auf ihre Bitte, über den gedachten Antrag noch nachträglich zu erkennen, durch Decret vom 31. März v. J. ſie darauf verwieſen hatte, daß ein Erkenntniß bereits vorliege. Ebenſo wenig konnte

2) darin, daß das Appellationsgericht von der zweiten in voriger Inſtanz aufgeſtellten Beſchwerde der Kläger Veranlaſſung genommen hat, den im ſtadtgerichtlichen Urtheil enthaltenen Schreibfehler zu berichtigen, ein Grund gefunden werden, hinſichtlich der Koſten jener Inſtanz anders, als geſchehen, zu erkennen. Denn zur Beſeitigung des erwähnten Schreibfehlers bedurfte es keiner Appellation, und die Vorausſetzung der Kläger, daß das Stadtgericht die Berichtigung verweigert haben würde, entbehrt jedes haltbaren Grundes.

73.

Joh. Conrad Fabian und Ehefrau, geb. **Cramer**, Kläger, wider die **Bauamts-Eiſenbahn-Commiſſion**, Beklagte, Entſchädigung wegen verlorner Wegegerechtigkeit betreffend.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. Januar 1856.

Auf Appellation der Beklagten.

Beklagte beſchwert ſich nur darüber, daß unter 2 a) des angefochtenen Erkenntniſſes den Klägern der Beweis eines beſtimmten, durch Anlage der Frankfurt-Offenbacher Eiſenbahn und dadurch herbeigeführte Entziehung einer angeblichen Wegegerechtigkeit ihnen entſtandenen Schadens nachgelaſſen worden: und auch dieß nur deßhalb, weil die Klage, ſo weit ſie nicht auf ein beſonderes Uebereinkommen geſtützt worden, durch die, unter Bezugnahme auf Art. 74 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung vom 8. Februar 1820 vorgeſchützte Einrede, daß Kläger den fraglichen Bau vollenden laſſen, ohne Einſprache dagegen zu erheben, elidirt ſei.

I. Ueber die Bedeutung des aus dem Bauſtatut Kap. IX. § 9 in Art. 74 cit. übergegangenen „Präjudizes," daß Derjenige, der gegen den Bau eines Anderen rechtsbegründete Einſprache zu haben vermeint, und damit hervorzutreten wiſſentlich ſo lange zögert, bis der Bauende ſeinen Bau vollendet hat, des Abbruchs halber nicht weiter gehört, ſondern angeſehen ſein ſolle, als ob er in den Bau eingewilligt habe, ſind die Anſichten verſchieden. Nach der Meinung der Kläger ſoll Derjenige, der die bezeichnete Einſprache unterläßt, zwar die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes nicht mehr verlangen können, dagegen ihm ein Entſchädigungs-Anſpruch unbenommen ſein. Beklagte, der die beiden vorigen Gerichte

beigetreten, nimmt dagegen an, durch die Unterlaſſung zeitiger Einſprache gehe ein jeder Anſpruch, zu dem die Rechtswidrigkeit des Baues Veranlaſſung geben könnte, alſo auch die Möglichkeit, einen Entſchädigungsanſpruch aus demſelben herzuleiten, verloren. Es bedarf indeß gegenwärtig keiner Entſcheidung der allerdings nicht zweifelloſen Frage, welche dieſer Auslegungen die richtige ſei. Denn auch, wenn man davon ausgeht, daß der erwähnten geſetzlichen Beſtimmung die von der Beklagten ihr beigelegte Bedeutung zukomme, und wenn man ferner — was ebenfalls nicht für zweifellos gehalten werden kann — unterſtellt, daß jene Beſtimmung auch da, wo es ſich nicht um Errichtung eigentlicher Gebäude, ſondern um andere Anlagen — im gegenwärtigen Falle z. B. einen Eiſenbahndamm — handelt, Anwendung erleide, ſo muß doch

II. den vorigen Richtern, wenigſtens dem Reſultate nach, darin beigetreten werden, daß jedenfalls in dem vorliegenden Falle — wo Beklagte erſt, nachdem ſie von der höchſten Staatsgewalt zur Expropriation in Gemäßheit des Geſetzes vom 11. Januar 1837 ermächtigt worden war, zu dem fraglichen Bau geſchritten iſt — Kläger durch Unterlaſſung einer Einſprache das Recht nicht verloren haben, für die durch jenen Bau ihnen entzogene angebliche Weggerechtigkeit eine Entſchädigung fordern zu können. Zwar iſt

A. der Beklagten darin Recht zu geben, daß noch nicht — wie dieß die vorigen Richter anzunehmen ſcheinen — durch den die Expropriation zum Zweck eines gewiſſen Unternehmens verfügenden Geſetzgebungs-Act (§ 2 des Geſetzes vom 10. Januar 1837), ſondern erſt durch die Leiſtung der in Gemäßheit des Geſetzes zu gewährenden Entſchädigung das Eigenthum an dem abzutretenden Grund und Boden, beziehungsweiſe die darauf haftenden dinglichen Rechte aufgehoben werden; und daß deßhalb, wenn der Entäußerer dem Servitutberechtigten, noch ehe derſelbe die ihm gebührende Abfindung erhalten hat, durch den Anfang des Baues im Beſitze ſeiner Gerechtigkeit eigenmächtig ſtört, dieſer ſolches Verfahren als ein widerrechtliches behandeln und ſich dagegen der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen kann.

Vergl. das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Leonhard ca. Bauamts-Eisenbahn-Commission vom 21. Juli 1848. *)

Gleichwohl ſteht

B. nicht anzunehmen, daß der unterlaſſene Gebrauch dieſer Rechtsmittel auf die Befugniß des Servitutberechtigten, Entſchädigung für die durch den Bau ihm entzogene Gerechtigkeit zu begehren, von irgend einem Einfluſſe ſei. Es läßt ſich

1) überhaupt bezweifeln, ob das im Bauſtatut Kap. IX. § 9, beziehungsweiſe Art. 74 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung für die unterlaſſene Einſprache angedrohte Präjudiz der anzunehmenden Einwilligung in den Bau in einem Falle der vorliegenden Art überall zur Anwendung gebracht werden könne. Denn es iſt gewiß, daß bei Erlaſſung jener geſetzlichen Beſtimmungen an Expropriationsfälle nicht gedacht worden iſt, und muß in Ermangelung einer ſpeciell auch auf ſolche gerichteten Abſicht des Geſetzgebers, es jedenfalls bedenklich erſcheinen, von jener auf gewöhnliche ſtädtiſche Bauten berechneten Vorſchrift auch unter der eigenthümlichen Vorausſetzung Gebrauch zu machen, daß der Bau auf eine vorausgegangene Einwilligung der höchſten Staatsgewalt zur Expropriation ſich gründet. Will man aber auch hiervon abſehen und in dieſem letzteren Fall ebenfalls das Präjudiz zur Anwendung bringen, daß die Unterlaſſung der Einſprache als Einwilligung in den Bau gelte, ſo kann doch

2) die Folge dieſer anzunehmenden Einwilligung keinenfalls die ſein, daß Derjenige, dem durch den fraglichen Bau die Möglichkeit der Ausübung ſeines bisherigen dinglichen Rechts entzogen wird, den Anſpruch auf eine hierfür zu gewährende Entſchädigung verlöre. Spricht man nämlich, auf Grund der Beſtimmung im Kap. IX. § 9 des Bauſtatuts und Art. 74 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung, der Regel nach Demjenigen, welcher einen ſeine Rechte beeinträchtigenden Bau, ohne Einſprache dagegen vorzubringen, hat vollenden laſſen, außer dem Recht, auf Abbruch zu dringen, auch einen jeden Entſchädigungs-Anſpruch ab, ſo kann dieß nur deßhalb geſchehen, weil ein ſolcher Entſchädigungs-

*) Siehe Seite 274.

Anſpruch in den gewöhnlichen Fällen lediglich aus dem rechtsverletzenden Charakter des Baues hergeleitet werden könnte, eben dieſer rechtsverletzende Charakter aber in Folge der anzunehmenden Einwilligung Desjenigen, gegen deſſen Rechte der Bau verſtößt, hinweggefallen wäre. Dieß trifft aber in einem Falle der vorliegenden Art nicht zu. Die Pflicht deſſen, der in Folge eines zur Entäußerung ihn ermächtigenden Actes der Staatsgewalt zur Errichtung einer von dieſer genehmigten Anlage ſchreitet, für das zu dieſer Anlage zu verwendende Grundeigenthum und die darauf haftenden, aber mit der vollendeten Anlage nicht länger vereinbaren dinglichen Rechte Entſchädigung zu gewähren, beruht nicht auf der Rechtswidrigkeit dieſes Unternehmens, vielmehr umgekehrt darauf, daß der Bauende von der ihm geſetzlich ertheilten Autoriſation, die beſtehenden Berechtigungen gegen Entſchädigung aufzuheben, Gebrauch macht. Allerdings verlangt das Geſetz eine vorgängige Leiſtung dieſer Entſchädigung, und der Expropriant, wenn er, ohne dieſe gewährt zu haben, den Bau unternimmt, handelt gegen dieſelbe, und begeht ſomit wider die dinglich Berechtigten eine Rechtsverletzung. Dieſe beſteht aber nicht darin, daß er überhaupt ohne Einwilligung des Berechtigten bauet, ſondern nur darin, daß er zur Ausübung ſeines Rechtes auch unabhängig von dieſer Einwilligung zu bauen früher ſchreitet, als er dieß nach dem Geſetze hätte thun dürfen. Wenn alſo im vorliegenden Falle die Kläger auch nach Art. 74 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung ſo anzuſehen ſein ſollten, als haben ſie in den Bau eingewilligt und dadurch dieſem den Charakter einer rechtswidrigen Handlung benommen, ſo könnte die Folge hiervon doch immer nur die ſein, daß ſie die Befugniß verloren hätten, diejenigen Entſchädigungs-Anſprüche geltend zu machen, die ihnen aus der Verfrühung des Baues erwachſen ſind. Auf ihre Befugniß, für das durch den Bau entzogene dingliche Recht ſelbſt Entſchädigung zu fordern, aber würde jene Einwilligung, eben weil dieſe Befugniß nicht auf den rechtswidrigen Charakter des Baues ſich gründet, in keinem Falle von Einfluß ſein.

Hiernach iſt die fragliche Einrede mit Recht verworfen und die Beſchwerde der Beklagten unbegründet.

Auszug aus den Seite 272 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

Leonhard ca. die **Bauamts-Eisenbahn-Commission** 1848.

I. Die Beklagte beantragt mittelst ihrer Appellation die sofortige Abweisung der Klage, und stützt diesen Antrag auf drei Gründe, die aber sämmtlich nicht für zutreffend gehalten werden können. Sie beruft sich

A. auf die Vorschriften der

L. 1. § 1. D. de operis novi nunciat.

und des

Art. 74 der prov. Prozeß-Ordn. von 1820.

Allein die erste Stelle kommt schon deßwegen gar nicht in Betracht, weil vorliegend nicht die Erfordernisse der operis novi nunciatio, sondern das interdictum de itinere in Frage stehen, bei welchem darauf, ob die Anlage, wodurch der Kläger in Ausübung seiner Servitut gestört wird, erst angefangen oder schon vollendet sei, nichts ankommt, sobald nur die freie Ausübung noch während 30 Tagen im letzten Jahre Statt gefunden hat.

In der zweiten Stelle wird freilich nicht bloß verordnet, daß Bau-Verbote noch während des Baues nachgesucht werden müssen, sondern auch, daß Derjenige, welcher mit seinem Widerspruche wissentlich bis nach vollendetem Baue wartet, so angesehen werden solle, als ob er in den Bau eingewilliget habe, und diese präsumtive Einwilligung würde allerdings auch dem interdictum de itinere entgegenstehen. Allein es ist eine durchaus ungegründete Behauptung, daß zur Zeit der angestellten Klage der Bau schon vollendet gewesen sei, da der beabsichtigte Bau in Anlegung eines Eisenbahn-Dammes besteht, wovon die zur Zeit der Klage allein erst vollzogene Ueberschüttung des Weges mit Kies nur eben den ersten Anfang bildet. Wollte man die fragliche Vorschrift mit der Beklagten dahin auslegen, daß schon jeder einzelne Theil eines beabsichtigten Baues als ein eigenes opus für sich anzusehen sei, welches nach einmal erfolgter Ausführung nicht weiter angefochten werden dürfe, so würde die, ihrem wahren Sinne nach höchst billige und zweckmäßige Vorschrift des Art. 74 zu den wider-

ſinnigſten Reſultaten führen, und daraus folgt die Verwerflichkeit dieſer Auslegung ohne Weiteres von ſelbſt.

L. 19. D. de legibus.

B. Den zweiten Grund nimmt die Beklagte aus dem Expropriations-Geſetze her, indem ſie behauptet, daß gegen bloß Servitut-Berechtigte es keiner beſonderen Expropriation bedürfe, ſondern, ſobald der Entäußerer das Eigenthum des Grundes, worauf er die Anlage machen wolle, erworben habe, könne er ſofort mit Ausführung der letzteren den Anfang machen, und der Servitut-Berechtigte müſſe ſich nach § 14. Nr. 3 des Expropriations-Geſetzes mit der demnächſtigen Ablöſung ſeiner Gerechtigkeit begnügen. Allein wenn auch dieß Geſetz ſich über das gegen Servitut-Berechtigte zum Zwecke der Ausmittelung der ihnen gebührenden Entſchädigung einzuhaltende Verfahren nicht beſonders ausſpricht (wiewohl doch die §§ 3, 6 und beſonders 11 einen erheblichen Grund dafür an die Hand geben, daß auch gegen dieſe in Ermangelung gütlicher Verſtändigung ein Expropriations-Verfahren eingeleitet werden müſſe), ſo iſt doch jedenfalls im § 1 ganz klar beſtimmt, daß auch die Abtretung von Servituten nur gegen volle vorgängige Entſchädigung verlangt werden könne und damit ſtimmt auch der § 14. Nr. 3 vollkommen überein, indem danach das abzutretende Gut dem Entäußerer nur gegen Bezahlung der dem Eigenthümer zuerkannten Entſchädigung und gegen Bezahlung der weiter abzulöſenden Laſten zuerkannt werden ſoll. Hieraus folgt aber von ſelbſt, daß, wenn der Entäußerer den Servitut-Berechtigten, noch ehe derſelbe die ihm gebührende Abfindung erhalten hat, durch den Anfang des Baues im Beſitz ſeiner Gerechtigkeit eigenmächtig ſtört, dieſer ſich gegen dieß widerrechtliche Verfahren des Entäußerers der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen kann, ohne daß Letzterer ſich darauf berufen könnte, daß ſein Unternehmen vom Staate autoriſirt ſei, da er ja die Bedingungen noch nicht vollſtändig erfüllt hat, unter welchen ihm dieſe Autoriſation ertheilt worden iſt. Da nun im vorliegenden Falle die dem Kläger gebührende Entſchädigung noch gar nicht einmal ausgemittelt und es auch zur Zeit noch keineswegs gewiß iſt, daß der von der Beklagten neu angelegte Weg, auf welchen ſie den

Kläger ſtatt anderweiter Entſchädigung verweiſen will, demſelben eine ebenſo bequeme Communication gewähre, als der bisherige: ſo muß der Kläger noch zur Zeit für berechtigt gehalten werden, ſich des interdictum de itinere gegen die Eiſenbahn-Commiſſion ebenſowohl zu bedienen, wie gegen jeden anderen Störer ſeines Beſitzes. Und daran kann auch der Umſtand, daß es noch ſtreitig iſt, ob dem Kläger wirklich eine Wegegerechtigkeit zuſtehe, nichts ändern. Denn das Aeußerſte, was hieraus zu folgern ſtände, wäre doch nur, daß der Kläger den im § 15 des Geſetzes genannten Dritten, welche Anſprüche erheben, beigezählt werden müßte, deren Anſprüche der dort gemachten Vorſchrift zufolge nicht anders unberückſichtigt bleiben dürfen, als wenn zuvor die Entſchädigungsſumme gehörig deponirt worden iſt. — — — — — — —

74.

Dr. jur. **W. F. Wetzel** als Sequester über die zum Nachlasse des **Johann Nicolaus Itzel** gehörigen beiden Gasthäuser „zum gelben Hirsch" und „zur goldenen Stelze," Intervenient, wider **Johannes Küstner**, Interventen, zur Sache: **J. Küstner**, Kläger, wider **Johann Nicolaus Itzel**, Beklagten, Forderung, jetzt Execution betreffend.

Vorbemerkung.

Der Kläger Johannes Küstner hatte am 4. November 1848 im Executionsverfahren zum Behufe der Vollstreckung eines Urtheils gegen den Beklagten Johann Nicolaus Itzel die Beschlagnahme des Miethzinses eines Einwohners des Hauses „zum gelben Hirsch" erwirkt, von welchem dem Beklagten, als J. N. Itzel'schem Miterben, eine ideele Quote zugehörte. Gegen diese Beschlagnahme erhob der zum Sequester dieser Liegenschaft bestellte Herr Dr. jur. Wetzel Einsprache, welche die nachstehenden Urtheile zur Folge hatte.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 1 September 1854.

In Erwägung, daß

1) zwar die Einwendungen des Intervenienten gegen die von dem Kläger erfolgte Execution für begründet nicht erachtet werden können, dagegen

2) aus den vorderen zwischen dem Kläger und dem Beklagten verhandelten Acten sich ergibt, daß von Seiten des Ersteren zum Behufe der Vollziehung des Decrets vom 23. Juli 1845, nach fruchtlos gebliebener Execution in die Mobilien des Beklagten die Execution in die Immobilien desselben nachgesucht und darauf hin

durch Decret vom 19. Auguſt 1846 die Rachtung auf die ideellen Antheile des Beklagten an den Behauſungen „zum gelben Hirſch“ und „zur goldenen Stelze“ erkannt und unterm 20ſten deſſelben Monats durch den Fiscal vollzogen worden iſt,

3) die Executions-Ordnung, wie ſie durch die Reformation beſtimmt wird, nur für den Fall, „ſo der Schuldner weder bewegliche noch unbewegliche Güter hatte,“ geſtattet, daß der Executor die Schuldner des Verurtheilten angreife,

Ref. I. 45. § 14.

dieſe Executions-Ordnung aber durch den Willen der Partheien nicht abgeändert werden kann, da dieſelbe, als für den Executor gegebene

Ref. l. c. § 10. 13. 14.

Inſtruction für den Fiscalis vom 8. September 1826. § 1.

dem öffentlichen Rechte angehört;

wird für Recht erkannt:

1) Es wird die Verfügung des Fiscals vom 4. November 1848 aufgehoben;
2) die Koſten werden gegenſeitig verglichen;
3) Abſchrift dieſes Beſcheids iſt dem Beklagten wie auch dem Fiscal mitzutheilen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 8. November 1854.

Auf Appellation des Interventen.

In Erwägung

1) daß in der sententia a qua die Einwendungen des Intervenienten gegen die von dem Kläger verfolgte Execution für nicht begründet erkannt worden ſind und dieſer Theil jenes Erkenntniſſes, da Intervenient ein Rechtsmittel nicht ergriffen hat, rechtskräftig geworden iſt, daß es

2) in dem vorliegenden Falle nicht darauf ankommt, ob die in dem Römiſchen Rechte vordem gefundenen Beſtimmungen über Execution von Civil-Erkenntniſſen wirklich darin enthalten und anwendbar ſind, da dieſe Beſtimmungen von der Praxis längſt nicht mehr geachtet werden,

Schmid, Handb., des Civilprozeſſes, Bd. 3. S. 349. u. 350.
Bayer, Civilprozeß, 7te Auflage S. 695.
Martin, Civilprozeß, 12te Auflage § 271. Note s.

und anderen Theils, da die hieſige Particular-Geſetzgebung hierüber eigene Vorſchriften enthält, daß jedoch

3) wenn zwar der Civilprozeß und die dazu gehörige Executions-Ordnung unläugbar dem öffentlichen Rechte angehören, daraus doch nicht gefolgert werden kann, daß darin dem Willen der Partheien in allen Fällen ein beſtimmender Einfluß entzogen ſei, da gerade „bei dem Civilprozeß die Thätigkeit des Staats mit den Rechten der Einzelnen ſo verwebt iſt, daß eine vollſtändige Trennung praktiſch nicht ausführbar iſt,“

v. Savigny, Syſtem, Bd. 1. S. 27,

daß zudem

4) ein Intereſſe des Staats nicht abgeſehen werden kann, einem beſtimmt vorliegenden Einverſtändniſſe des Schuldners, wonach derſelbe mit ausſtehenden Forderungen ſeinen Gläubiger ſich befriedigen laſſen will, entgegen zu treten, und ſtatt deſſen die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung der Liegenſchaften des Schuldners zu ernöthigen —

— wird das ſtadtgerichtliche Erkenntniß vom 1. September 1854 und damit die Inhibition des Stadtgerichts vom 4. Juli 1849 wieder aufgehoben, Intervenient in die Koſten der erſten Inſtanz verurtheilt und, unter Vergleichung der Koſten dieſer Inſtanz, die Rückſendung der Voracten verordnet.

Auf Appellation des Intervenienten wurde vorſtehendes Erkenntniß des Appellationsgerichts durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 17. Januar 1856 unter Verurtheilung der Appellanten in die Koſten dieſer Inſtanz beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Für die Beſtätigung des vorigen Urtheils war

I. ſchon der von dem Appellationsgerichte geltend gemachte Grund entſcheidend.

Zwar iſt

A. die dem gemeinen Rechte

L. 15. § 2. D. de re jud.

entſprechende Beſtimmung des Frankfurter Rechts,

Ref. I. 45. § 14.

daß bei der Execution ausſtehende Forderungen des Schuldners nur erſt dann angegriffen werden dürfen, wenn derſelbe weder Mobilien noch Immobilien beſitzt, völlig klar, und mit Unrecht wendet der Kläger ein, daß dieſe Beſtimmung auf noch nicht fällige Forderungen keine Anwendung leide, da dieſe nach Frankfurter Recht

Ref. II. 3. § 1—5

für Immobilien geachtet würden, indem der § 14. cit. ganz allgemein Schulden den Mobilien und Immobilien entgegenſetzt

S. auch Orth, Anmerkungen, Fortſ. IV. S. 973 und 974.

Freilich behauptet der Kläger ferner, daß dieſe Beſtimmung des § 14 in der Praxis nicht mehr befolgt werde. Allein wenn auch dieß einige Wahrſcheinlichkeit hat, ſo kann doch, da nicht nur Orth die Executions-Ordnung der Reformation als eine ſtreng zu befolgende bezeichnet,

a. a. O. S. 971.

ſondern der neueſte Schriftſteller über den Frankfurter Prozeß ſie noch als geltendes Recht anführt,

Bender, Handbuch, § 84. S. 316 und 317.

und auch die Inſtruction für den Fiscal von 1836 denſelben zur genauen Befolgung der betreffenden Vorſchriften der Reformation verpflichtet, der vom Kläger nachgewieſene einzelne Fall, in welchem das Stadtamt die Execution in die Ausſtände eines Schuldners verfügt hat, der angeblich mit Immobilien angeſeſſen geweſen ſein ſoll, abgeſehen davon, daß dieſer letztere Umſtand nicht genügend documentirt iſt, zum Beweiſe der behaupteten Praxis nicht genügen, und es müßte, wenn es darauf ankäme, auf Beweis derſelben erkannt werden. — Es kommt aber nicht darauf an, indem

B. dem Appellationsgerichte unbedenklich darin beizutreten war, daß die Executions-Ordnung nicht in dem Maaße dem öffentlichen Rechte angehört, daß nicht eine Parthei auf das ihr darin gewährte Recht entweder ausdrücklich oder durch Unterlaſſung einer

Beſchwerde über das vom Fiscal eingehaltene Verfahren verzichten könnte. Schon nach Römiſchem Rechte ſcheint dieß keinem Zweifel zu unterliegen, wenn man annimmt, daß Appellationen gegen executiviſche Verfügungen ausnahmsweiſe dann allgemein geſtattet, alſo zur Beſeitigung der Rechtsverletzung nothwendig waren, wenn die Execution in beſchwerender Weiſe geſchah,

Bethmann-Holweg, Handb. des Civilprozeſſes S. 353.

was ja auf die Fälle des verletzten ordo executionis begreift, indem ja dann auch auf die Anfechtung verzichtet werden könnte. Wenn daher in vorliegendem Falle dem Beklagten mehr daran lag, den öffentlichen Verkauf ſeiner Immobilien durch den Rachtungsgläubiger abzuwenden, als daß ihm die Miethzinſen eingingen, und er es deßhalb geſchehen ließ, das der Fiscal auf dieſe Beſchlag legte, ſo iſt um ſo weniger abzuſehen, wie dieß im öffentlichen Intereſſe unſtatthaft ſein ſollte, als es ja dem Beklagten unbedenklich zuſtand, dem Kläger freiwillig die gedachte Forderung zu cediren. Hatte der Beklagte alſo ſeinerſeits auf die Beobachtung der Executions-Ordnung verzichtet und gegen die Beſchlagnahme ſeines Fünftels des Pinkerton'ſchen Miethzinſes nicht remonſtrirt, ſo war auch der ſpäter eingetretene Sequeſter der fraglichen Grundſtücke, dem lediglich die Geltendmachung der Rechte des Beklagten auf dieſelben, und alſo auch auf die Miethgelder zuſtand, überall nicht befugt, ſeinerſeits auf die Beobachtung der Executions-Ordnung zu beſtehen und dadurch dem Kläger ein bereits erworbenes Recht zu entziehen.

Nun iſt es freilich zweifelhaft, ob ſich wirklich ſagen läßt, daß der Beklagte, nicht bloß wegen des bereis an den Fiscal ausbezahlten Termins der Miethgelder, was unſtreitig der Fall — ſondern auch rückſichtlich der künftig noch fällig werdenden Termine auf ſein Recht wirkſam verzichtet hat, was in gegenwärtiger Inſtanz vom Kläger behauptet, vom Intervenienten dagegen beſtritten wird. Allein da der Intervenient beim Stadtgerichte aus der Executions-Ordnung gar keinen Einwand hergenommen hatte, ſo war das Stadtgericht unter dieſen Umſtänden jedenfalls nicht befugt, einen Einwand, auf den der Beklagte verzichten konnte, und möglicherweiſe verzichtet hätte, von Amtswegen geltend zu machen,

Man durfte aber

II. unbedenklich auch noch weiter als das Appellationsgericht gehen und annehmen, daß, ganz abgesehen von einem Verzichte des Beklagten, die Bestimmung der Reformation I. 45. § 14 in dem gegenwärtigen Falle überall nicht zur Anwendung komme. Wenn nämlich die Reformation in diesem Titel § 13 vorschreibt, daß, wenn der Schuldner keine fahrende Habe besitze, die Execution zunächst an dessen liegenden Gütern vollzogen werden solle, so setzt sie dabei offenbar voraus, daß die liegenden Güter geeignet sind, durch deren öffentlichen Verkauf, von welchem der 46ste Titel handelt, dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen, daß er wenigstens bei ihnen in der Lage sich befindet, unmittelbar mit der Vergantung derselben vorzuschreiten. Nun aber befinden sich die beiden Häuser, auf welche der Kläger die Rachtung erlangt hat, im ungetheilten Miteigenthum der fünf Itzel'schen Kinder. Einen Verkauf der beiden ganzen Häuser kann der Kläger nicht unmittelbar beantragen, sondern nur auf dem Umwege einer vermöge seiner Rachtung auf dem ideellen Fünftel derselben wider die Miteigenthümer anzustellenden actio communi dividendo, wie dieß das Ober-Appellationsgericht bereits früher ausgesprochen hat

Liebtreu und Itzel 1841. *)

Vergl. auch Bender, Prozeß, S. 217 Note 5.

Und wollte er den Versuch machen, bloß sein intellectuelles Fünftel beider Häuser zum Verkauf zu bringen, so würde dieß, zumal die auf beiden Häusern inscribirten Insätze von zusammen fl. 105,000 auf seinem ideellen Fünftel nicht bloß pro parte, sondern nach der causa individua pignoris ganz haften,

L. 16. C. de distrah. pign.

L. 1. C. de luitione pignoris.

L. 2. C. si unus ex pluribus heredibus.

nach der Verordnung über die Ausklagung der Hypotheken Art. 18.

Gesetz-Sammlung I. S. 90.

ersichtlich ohne Erfolg beiben. Unter diesen Umständen mußte das

*) Siehe Seite 284.

Recht des Klägers, trotz des Vorhandenseins von Immobilien die Execution in die Pinkerton'schen Miethgelder nachzusuchen, um so unbedenklicher erscheinen, als es sich ohnehin noch sehr fragt, ob auf diese als fructus civiles der Grundstücke, der § 14 cit. bei einem Nachtungsgläubiger überall Anwendung leide.

Nun ist freilich

III. der Sequester auch noch auf diejenigen Gründe zurückgekommen, welcher er beim Stadtgerichte gegen die fragliche Execution vorgebracht, und

A. Rechtskraft steht ihm allerdings aus deren Verwerfung durch das Stadtgericht nicht, wie die vorigen Richter angenommen haben, entgegen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Verwerfung eine an sich der Rechtskraft fähige Entscheidung war. Denn da das Stadtgericht dem Antrage des Sequesters im Resultate ganz entsprochen hatte, so befand sich dieser jedenfalls gar nicht in der Lage, gegen dessen Erkenntniß seinerseits ein Rechtsmittel zu ergreifen; und wiederholt hat das Ober-Appellationsgericht sich schon zu dem Grundsatze bekannt, daß in solchen Fällen der Parthei die unterlassene Beschwerdeführung in zweiter Instanz nicht präjudicire.

Dagegen hat das Stadtgericht

B. die Einwendungen des Sequesters mit Recht verworfen. Denn zuvörderst

1) ermangeln dieselben derjenigen Liquidität, welche im Executiv-Verfahren den Einreden beiwohnen muß; sodann aber

2) laufen sie lediglich darauf hinaus, daß der Sequester die mit Beschlag belegten Miethgelder nicht entbehren könne, um die Insatzzinsen und andere auf den von ihm verwalteten Grundstücken haftenden Ausgaben zu bestreiten, und daß es überhaupt noch zur Zeit ganz ungewiß erscheine, ob der J. N. Itzel'sche Nachlaß solvent sei; und daß diese Gründe nicht zureichend sind, eine erkannte Execution zu hemmen, liegt auf flacher Hand, da, wenn dieß wäre, fast nie eine solche mit Erfolg versucht werden könnte, unter solchen Umständen der Execution eines einzelnen Gläubigers vielmehr nur durch wirkliche Insolvenzerklärung begegnet werden kann.

Auszug aus den Seite 282 angeführten Entſcheidungsgründen in Sachen:

Liebtreu ca. Itzel 1841.

— — Es iſt dermalen lediglich über die Beſchwerde und den Antrag des Klägers zu entſcheiden,

daß ſofort die öffentliche Verſteigerung der fraglichen Häuſer dem Fiscal aufzutragen und er, Kläger, von dem fünften Theile des reinen Erlöſes zu befriedigen ſei.

Dieſe Beſchwerde des Klägers war aber ſofort als völlig unbegründet zurückzuweiſen. Denn es iſt

1. ein anerkannter Rechtsſatz, daß ein Miteigenthümer pro indiviso kein Pfandrecht an der ganzen Sache beſtellen kann, ſondern nur an ſeinem intellectuellen Antheile;

L. 2. C. comm. divid. (3. 27.)
L. 7. C. comm. utr. judic. (3. 38.)
L. un. C. si comm. res. pign. (8. 21.)

und daraus folgt von ſelbſt, daß auch die an den gemeinſchaftlichen beiden Häuſern der Itzel'ſchen Eheleute vollzogene Rachtung nur an dem intellectuellen Hausantheil des Beklagten dem Kläger ein Pfandrecht erwirken konnte, weßhalb denn auch das Stadtgericht mit vollem Recht am 10. Juli v. J. die Rachtung nicht auf die beiden fraglichen Häuſer überhaupt, ſondern nur auf den daran dem Beklagten als Miterben zuſtehenden Antheil erkannt hat.

Eben daher kann denn aber auch das aus dem Pfandrechte des Klägers entſpringende Verkaufsrecht lediglich auf den intellectuellen Häuſer-Antheil des Beklagten gehen, keineswegs aber auf die Antheile der übrigen Miteigenthümer, an welchen dem Kläger nicht das mindeſte Recht zuſteht, und es iſt ganz verkehrt, wenn der Appellant vermeint, daß die Rückſicht auf das Recht der Miteigenthümer als exceptio de jure tertii zu behandeln ſei. Vielmehr erſcheint ſein Antrag, ohne Weiteres auch die ihm nicht verpfändeten Hausantheile der Itzel'ſchen Miterben verſteigern zu laſſen, als ein fugloſer Eingriff in die jura tertiorum. Nun iſt freilich:

II. nicht zu verkennen, daß die Verſteigerung des dem Kläger mittelſt der Rachtung verpfändeten intellectuellen Häuſer-Antheils praktiſch ganz unausführbar iſt, weil nach der individua pignoris natura die großen, auf den Häuſern laſtenden Hypotheken, von zuſammen fl. 105,000, auf dem intellectuellen Antheile des Beklagten nicht bloß pro parte, ſondern ganz haften,

L. 16. C. de distr. pign. (8. 28.)
L. 1. C. de luit. pign. (8. 31.)
L. 2. C. si unus ex plur. hered. (8. 32.)

und unter dieſen Umſtänden das Auffinden eines Käufers unmöglich iſt. Allein daraus folgt nur ſo viel, daß der Kläger auf dieſem directen Wege nicht zu ſeiner Befriedigung gelangen kann, keineswegs aber, daß er die Antheile der übrigen Erben ohne Weiteres mitverkaufen dürfe.

In der jetzigen Lage der Sache bleibt daher

III. dem Kläger nur der Weg übrig, auf welchen er durch das vorige Erkenntniß verwieſen iſt, nämlich auf Theilung der fraglichen Häuſer unter den Itzel'ſchen Miterben zu provociren und ſo ein, den intellectuellen Häuſer-Antheil des Itzel repräſentirendes Geldcapital zu conſtatiren, welches dem Beklagten allein gehört und mit dem durch die Rachtung erwirkten pignus judiciale behaftet iſt.

Es iſt unbedenklich, daß der Kläger, inſofern dieß zur Geltendmachung ſeines Rechts nöthig und nicht etwa ein, ſämmtlichen Betheiligten dringend anzurathendes gütliches Abkommen getroffen wird, auch die utilis actio communi dividundo gegen die Miteigenthümer der ihm pro rata verpfändeten Häuſer anſtellen kann.

L. 7. § 13. D. comm. divid. (10. 3.)
L. 2. C. eod. (3. 37.)
Meier, Colleg. argentorat. Lib. 10. Tit. 3. § 10. Nr. VII.

Da bekannten Rechten nach die Miteigenthümer ſich dem Antrag auf Theilung fügen müſſen, ſo wird dieſe Theilungsklage nothwendig dahin führen, daß die fraglichen Grundſtücke auf eine oder andere Weiſe zu Gelde gemacht und der Erlös des, dem Beklagten zuſtehenden, dem Kläger verpfändeten Antheils, ſoweit

möglich oder nöthig, zur Befriedigung des Klägers verwendet werde. — — — — — — — — — — — —

V. — — — Die geäußerte Beſorgniß des Appellanten aber, daß er in die Weiterungen der geſammten elterlichen, resp. brüderlichen Erbtheilung zwiſchen dem Beklagten und deſſen Geſchwiſtern verwickelt werde, iſt völlig grundlos, weil die vorigen Richter ihn unverkennbar nicht auf eine utilis actio familiae herciscundae, ſondern auf eine utilis actio communi dividundo in Bezug auf die fraglichen Häuſer verwieſen haben. Dabei geht ihn denn die Theilung der übrigen Erbſchaft nichts an, denn wie viel auch der Beklagte ſeinen Geſchwiſtern wegen Conferenden oder erhaltener Vorſchüſſe zu vergüten haben mag, ſo bleibt es doch immer richtig, daß durch die Erbſchafts-Antretung bei vorhandenen mehreren Erben jeder einzelne Gegenſtand der Erbmaſſe pro rata auf den einzelnen Erben, mithin auf den Beklagten auch das Eigenthum an den Häuſern zu $^1/_5$ übergegangen iſt, inſofern nämlich ſeine Erbrate, wie ſolches allen Anſchein hat, jetzt wirklich in $^1/_5$ beſteht. Es hat alſo der Kläger und Appellant durch die Rachtung jedenfalls, wie auch die ſonſtigen Verhältniſſe des Beklagten zu ſeinen Miterben ſein mögen, ein Pfandrecht auf ein intellectuelles Fünftheil der Häuſer erlangt, und wird, wenn ſolche zu Gelde gemacht ſind, ein Pfandrecht an einem Fünftheile des, nach Befriedigung der inſcribirten Gläubiger übrig bleibenden reinen Ertrages haben, und gegen ſeine Befriedigung hieraus können die Miterben die Forderungen, die ſie etwa aus Vorſchüſſen oder conſerendis gegen den Beklagten haben, überall nicht wirkſam geltend machen, weil die nunmehr mit Pfandrecht verſehene Forderung des Klägers den nur chirographariſchen Forderungen der Miterben jedenfalls vorgeht.

Der Kläger braucht ſich daher auf dieſe Anſprüche und auf die Erörterung der Frage, wie viel dem Beklagten, wenn zwiſchen dieſem und ſeinen Geſchwiſtern eine vollſtändige Erbtheilung vorgenommen würde, aus der Erbmaſſe dann zukommen würde, gar nicht einzulaſſen. — — —

75.

Einkommenſteuer-Commiſſion der freien Stadt Frankfurt, Impetrantin und Klägerin, gegen Dr. jur. **Jacob Heinrich Theodor Mülhens** zu Baden-Baden, Impetraten und Beklagten, wegen zu zahlender Einkommenſteuer und deßhalb impetrirten Arreſtes.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. Januar 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

Nachdem der Beklagte, während die Sache in voriger Inſtanz anhängig war, die Klägerin befriedigt und ſeine Entlaſſung aus dem Frankfurter Bürgernexus erlangt, dadurch alſo die Hauptſache ihre Erledigung gefunden hat, ſo bilden den Gegenſtand der gegenwärtig noch abzugebenden Entſcheidung nur noch

I. die wider den Sachführer des Beklagten wegen unziemlicher Schreibart verfügte Disciplinarſtrafe und

II. der Koſtenpunkt.

Was nun

ad I. den erſten Punkt betrifft, ſo war die dagegen gerichtete Beſchwerde (Grav. III.) zu verwerfen. Selbſt wenn der Beklagte in der Sache ſelbſt völlig im Rechte wäre, würde eine Sprache, wie ſein Sachführer ſich gegen die Frankfurter Behörden und ſogar gegen den engeren Rath erlaubt hat, und die der Sachführer in gegenwärtiger Inſtanz ſich nicht entſieht, nur als Verſtoß gegen den guten Geſchmack zu bezeichnen, die wider ihn verfügte Disciplinarſtrafe vollkommen rechtfertigen. Noch mehr iſt dieß der Fall, da der Beklagte in der Hauptſache, wie dieß die folgende Ausführung ergeben wird, durchweg im Unrecht iſt.

Was nämlich

ad II. den Koſtenpunkt betrifft, ſo nöthigte der Antrag des Beklagten, die Koſten des Prozeſſes, in welche er durch das vorige Erkenntniß verurtheilt iſt, entweder ganz oder zu einem näher zu beſtimmenden Theile zu compenſiren, die ſämmtlichen, die Hauptſache betreffenden Beſchwerdepunkte einer Prüfung zu unterziehen. Das Ergebniß derſelben aber war ein dem Beklagten durchaus ungünſtiges.

A. Der Beklagte war zur Zeit der angeſtellten Klage noch Frankfurter Bürger. Denn er ſelbſt gibt an, und es bezeugen es auch die Acten, daß er damals ſeine Entlaſſung aus dem Frankfurter Bürgerverbande noch nicht erhalten hatte. Sollte alſo auch dieſe Entlaſſung ihm vom Senat mit Unrecht verweigert ſein, ſo war er doch factiſch noch Bürger, und durfte daher auch von der Klägerin als ſolcher behandelt werden, weßhalb es auf die Prüfung der Gründe ſeiner Nichtentlaſſung nicht ankommt. Der Beklagte war aber ſeinem eignen Anführen nach zur Zeit der Klage in Baden-Baden domicilirt, und war er das, ſo war es allerdings ſtatthaft, zur Begründung des Gerichtsſtandes in Frankfurt einen Realarreſt gegen ihn zu impetriren, und ſomit iſt die erſte, dieſen Arreſt betreffende Beſchwerde des Beklagten eine unbegründete.

Ueberflüſſig und alſo unſtatthaft wäre dieſer Arreſt nämlich nur dann geweſen, wenn der Beklagte, obgleich in Baden-Baden ſich aufhaltend, gleichfalls als Bürger von Frankfurt noch hier ſein forum generale behalten hätte. Allein wiewohl dieß nach einer geſetzlichen Fiction dann allerdings angenommen werden darf, wenn Jemand, obgleich ſchon lange auswärts wohnend, doch ſein Frankfurter Bürgerrecht beibehalten und fortwährend ſeine Einkommenſteuer bezahlt hat,

Bender, Handbuch des Prozeſſes, § 7 Note 1.

ſo treffen doch dieſe Vorausſetzungen bei dem Beklagten, welcher in der Abſicht, ſich auswärts niederzulaſſen, ſeine Entlaſſung vom Bürgerrecht nachgeſucht, darauf ſeinen Wohnſitz in Baden-Baden genommen und die Bezahlung ſeiner Einkommenſteuer unterlaſſen hat, nicht zu. Denn wenn er gleich ſeinen ihm als Bürger obliegenden Verpflichtungen ſich dadurch nicht hat entziehen können, ſo

hat er doch das Recht in Beziehung auf den Gerichtsſtand, und namentlich in Beziehung auf gegen ihn nachzuſuchende Arreſte als Frankfurter Bürger behandelt zu werden, verloren. Nun aber iſt ſelbſt gegen eigentliche Ausbürger — was der Beklagte nicht iſt — ein Perſonalarreſt ad fundandum forum dann ſtatthaft, wenn der Impetrat ſich nicht ſchriftlich verpflichtet, in Frankfurt zu Recht ſtehen zu wollen.

Proviſ. Proz.-Ordn. Art. 56.

Beſondere Erforderniſſe eines gegen Ausbürger zur Begründung des Gerichtsſtandes nachzuſuchenden Realarreſtes ſchreibt die Prozeß-Ordnung, da der Art. 53 nur vom Arreſte zur Sicherung des Streitgegenſtandes handelt, nicht vor. Es bleibt daher nichts übrig, als in Beziehung auf ſolche Bürger, die in Frankfurt ihr ordentliches Forum nicht mehr haben, analogiſch den Art. 51 anzuwenden, und nur deſſen Erforderniſſe in Betracht zu ziehen, und dieſe waren im vorliegenden Falle offenbar vorhanden.

Denn daß der Beklagte einkommenſteuerpflichtig war, ergab ſich ſchon aus ſeiner Eigenſchaft als Frankfurter Bürger. Daß er mit der Steuer und zu welchem Betrage im Rückſtande ſei, dafür enthielt der mit dem Arreſtgeſuche beigebrachte Auszug aus dem Steuerregiſter eine genügende Beſcheinigung. Denn wenn das Geſetz bloße Auszüge aus den Büchern der Kaufleute und Handwerker zu dieſem Zwecke für genügend erklärt, auch ohne nur die Vorlegung und Beeidigung der Bücher zu verlangen,

Proviſ. Proz.-Ordn. Art. 50.

ſo darf unbedenklich die gleiche Kraft den Auszügen aus den Büchern öffentlicher Behörden beigelegt werden; und der Einwand des Beklagten, daß die Klägerin nach dem Geſetze vom 30. December 1847. § 15 gar keine Regiſter führen dürfe, iſt ein frivoler, indem theils die betreffende Vorſchrift nur von den Regiſtern über bereits bezahlte Steuern redet, theils nicht nur dieſelbe durch das Geſetz vom 25. Februar 1851, alſo längſt vor angeſtellter Klage hinſichtlich der Declarationen für das Jahr 1850 aufgehoben iſt, ſondern auch das Geſetz vom 11. November 1851. § 15 die Einkommenſteuer-Commiſſion nur verpflichtet, alle Nachweiſungen und

Scripturen, woraus der Betrag der declarirten und angesetzten Steuerbeträge entnommen werden kann, nach Ablauf von 4 Jahren zu vernichten.

Gesetzsammlung, Bd. 11. S. 152.

War aber der Arrest statthaft, so erledigt sich dadurch

B. auch die Einrede des incompetenten Forums, insoweit diese in erster Instanz nur darauf gegründet worden ist, daß durch den impetrirten Arrest ein Gerichtsstand nicht habe begründet werden können. Insofern aber der Beklagte in jetziger Instanz diese Einrede in der Richtung zu rechtfertigen versucht, daß die Klägerin überall nicht zur Anstellung einer Klage, sondern nur zur sofortigen executivischen Beitreibung der rückständigen Steuern durch den Fiscal berechtigt gewesen sei, so ist dieser Einwand besonders nach Lage der gegenwärtigen Sache ein so unpassender, daß er überall keine nähere Widerlegung verdient.

Somit war auch die zweite Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

C. Wegen der Verwerfung seiner Einrede des Vergleichs hat der Beklagte in dieser Instanz gar keine besondere Beschwerde aufgestellt, seine Ausführungen und sein Petitum aber auch darauf gerichtet, daß diese Einrede als begründet anzunehmen sei. Indessen ist Dasjenige, was die Entscheidungsgründe zum vorigen Urtheil über die völlige Haltlosigkeit dieser Einrede gesagt haben, so überzeugend, daß eine Bezugnahme darauf genügend erscheint.

D. Das Gleiche gilt von dem Gegenstande der vierten Beschwerde des Beklagten, daß nämlich die vorigen Richter, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, den Beklagten nicht noch erst mit einer Declaration seines Einkommens während der zweiten Hälfte des Jahres 1850 zugelassen, sondern ihn ohne Weiteres für schuldig erklärt haben, den unter Minderung der Klage in der Replik geforderten Steuerbetrag nach Maaßgabe der anticipirten Declaration des Beklagten für das ganze Jahr 1850 und des ganzen Jahres 1851 zu bezahlen, indem auch hier die Gründe der vorigen Richter jede weitere Ausführung unnöthig erscheinen lassen.

Sind sonach nicht nur die dritte Beschwerde, sondern auch sämmtliche die Hauptsache betreffenden Beschwerden unbegründet,

ſo folgt daraus, daß der Beklagte mit Recht in die Koſten der erſten Inſtanz und ſeiner eigenen Appellation in zweiter Inſtanz verurtheilt worden iſt.

Dagegen durften allerdings die Koſten der Appellation der Klägerin in voriger Inſtanz, obgleich auf Grund derſelben reformatoriſch erkannt worden iſt, dem Beklagten als Appellaten nicht zur Laſt gebracht werden, und mußte daher inſoweit jetzt das vorige Urtheil abgeändert und Compenſation dieſer Koſten erkannt werden.

Dieſe unerhebliche Reformatoria konnte aber nicht hindern, den Beklagten gleichwohl in alle Koſten dieſer Inſtanz zu verurtheilen.

76.

Abraham Georg Saraſin, Provocat, Kläger, gegen **Pierre François Henri Durand-Morimbau**, Provocant, Beklagter, wegen Berühmung von Anſprüchen aus einem Kaufgeſchäfte.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 27. März 1854.

In Erwägung, daß

1) die Aufforderung zur Klage bei der competenten Gerichtsbehörde des Provocanten als Beklagten anzubringen iſt,

Danz, Grundſ. der ſummariſchen Prozeſſe, S. 117.
Linde, Lehrbuch des Civilprozeſſes, § 336.

daß

2) nach der Angabe des Provocaten in ſeinem Geſuche um Abhörung von Zeugen zum ewigen Gedächtniß der fragliche Vertrag hier abgeſchloſſen worden ſein ſoll, und mit Rückſicht hierauf ſowohl, als auf die conſtatirte Anweſenheit des Provocanten das Stadtgericht ſich für die demnächſtige Klage competent betrachten und daher auch die Aufforderung zu derſelben zulaſſen mußte, zumal daraus, daß Provocant ſeine Provocation hier angebracht hatte, zu folgern war, daß er in Bezug auf die gegen ihn anzuſtellende Klage ebenfalls hier Recht nehmen wolle, daß

3) nach dem Bericht des Gerichtsboten Provocant ſich in der Zwiſchenzeit von hier wegbegeben und die zu den Acten der Gerichts-Commiſſion gelangte Vollmacht am 16. März 1854 in Paris ausgeſtellt hat, daß

4) ſomit die Vorausſetzung hinweggefallen iſt, durch welche neben dem hieſigen Vertragsabſchluß die dieſſeitige Competenz für die Aufforderung zur Klage und für die letztere ſelbſt bedingt wird, daß

5) abgeſehen davon, daß der gewillkührte Richter zur Ausdehnung ſeiner Jurisdiction nicht verpflichtet iſt, eine Prorogation des Gerichtsſtandes im vorliegenden Falle nicht zuläſſig erſcheint, weil der nicht hier anweſende Beklagte lediglich ſeinem ausländiſchen Heimathsgericht unterworfen iſt, und überdieß gleichzeitig mit der gegen ihn geſchehenen Anſtellung der Klage in dem Anrufen [20] die ſtadtgerichtliche Competenz für dieſelbe beſtritten hat,

conf. Linde, a. a. O. § 101.

und daß

6) hiernach nicht nur die in dem Decret vom 8. März 1854 *) enthaltene Verfügung, insbeſondere der darin dem Provocaten angedrohte Rechtsnachtheil hinwegzufallen hat, ſondern auch die Klage des Provocanten nicht vor das Stadtgericht gehört,

wird zu Recht erkannt:

I. Das Decret vom 8. März 1854 wird andurch eingezogen und ſteht ſomit dem Antrag des Provocanten in [20] act. nicht zu willfahren.

II. Kläger wird mit der erhobenen Klage von hier abgewieſen.

III. Die Koſten dieſer Verhandlung werden compenſirt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 24. Mai 1854.

Auf beiderſeitige Appellation.

In Erwägung,

1) daß der zwar von einigen Schriftſtellern beſtrittene, von der Mehrzahl aber anerkannte Grundſatz, daß die provocatio ad agendum vor dem Gerichtsſtand des Provocanten — des künftigen Beklagten — angebracht werden müſſe, auch von den hieſigen Gerichten ſtets als der allein richtige angewendet worden iſt,

---

*) Auf Klagaufforderung von Seiten des P. F. H. Durand-Morimbau gegen A. G. Saraſin:

„Sammt Anlage dem Provocaten mitzutheilen, und hat derſelbe ſeine behaupteten Anſprüche binnen vierzehn Tagen klagbar geltend zu machen, bei Vermeidung, daß ihm ewiges Stillſchweigen auferlegt werde."

wodurch aber die Wahl des Provocanten: vor welchem der etwa gleich competenten Gerichte des Beklagten er ſeine Klage demnächſt anbringen will, nicht ausgeſchloſſen wird;

2) daß in dem vorliegenden Falle beide Theile darüber einverſtanden ſind, daß die Verhandlungen, welche der Kläger als Vertrags-Abſchluß, der Beklagte aber nur als vorläufige Tractaten bezeichnet, dahier Statt gefunden haben;

3) daß das forum contractus begründet erſcheint, ſobald die Klage an dem Orte, an welchem der Vertrag nach Behauptung des Klägers zu Stande gekommen iſt, dem Beklagten, oder was daſſelbe iſt, einem von dieſem zu dem Zwecke aufgeſtellten Bevollmächtigten inſinuirt werden kann;

4) daß der Beklagte, welcher am 27. Februar d. J. dahier anweſend war, durch die Bevollmächtigung eines Anwalts zum Behuf der gerichtlichen Klagaufforderung gegen den Kläger und durch den wirklichen Vollzug dieſer Aufforderung thatſächlich anerkannt hat, daß er als künftiger Beklagter in der Hauptſache dem hieſigen Gerichte unterworfen ſei, indem anſonſt die Provocation nicht dahier hätte angebracht werden können;

5) daß ein zur Klagaufforderung bevollmächtigter Anwalt eo ipso auch zur Annahme der Klage, die er provocirt hat, wenigſtens als Inſinuationsmandatar legitimirt erachtet werden muß, was nicht ausſchließt, daß er zur Verhandlung der Sache, falls hierzu ſeine Vollmacht nicht ausreichen ſollte, eine beſſere beizubringen habe, wonach alſo die Zuſtändigkeit des Stadtgerichts als forum contractus durch den dahier geſchloſſenen Vertrag und durch die Möglichkeit der Inſinuation der Klage an den Beklagten oder deſſen ad acta legitimirten Mandatar begründet erſcheint, und ein bloß gewillkührter Gerichtsſtand nicht in Frage ſteht, während jedenfalls

6) das Bedenken, ob der gewillkührte Richter zur Ausdehnung ſeiner Jurisdiction gegen ſeinen Willen genöthigt werden kann, in dem vorliegenden Falle ſchon durch den Umſtand ſeine Erledigung findet, daß das Stadtgericht durch Anordnung der Zeugenvernehmung in perpetuam rei memoriam (Decret vom 27. Februar 1854) — obgleich damals nach Lage der Acten der Beklagte für abweſend gehalten wurde, das forum contractus daher für

begründet nicht gelten konnte — ſich in der Sache bereits für zuſtändig erachtet hatte,

wird, unter Verwerfung der Appellation des Provocanten und Beklagten und unter Aufhebung des ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſes vom 27. März d. J. erkannt

daß die Klage dem zur Provocation bevollmächtigten Anwalt des Beklagten zu inſinuiren und dem Letzteren zur Vernehmlaſſung geeignete Friſt unter dem geſetzlichen Präjudiz vorzuberaumen iſt.

Der Beklagte als Appellant hat dem Kläger als Appellaten die Hälfte der Koſten dieſer Inſtanz zu erſetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. Januar 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt, wie hiermit geſchieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt vom 24. Mai 1854 zwar im Uebrigen zu beſtätigen, jedoch dahin abzuändern ſei,

daß die Mittheilung der Klage nicht an den zur Provocation bevollmächtigten Anwalt des Beklagten zu erfolgen habe, ſondern mit Inſinuation derſelben an den Beklagten ſonſt in ordnungsmäßiger Weiſe zu verfahren ſei;

und wird die Sache, unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten dieſer Inſtanz, nunmehr an das Stadtgericht zum weiteren Verfahren zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

A. In der Hauptſache hat der Provocant Durand-Morimbau zwei Beſchwerden aufgeſtellt. Mit der erſten verlangt er, daß mit Abänderung der beiden vorigen Erkenntniſſe dem Provocaten Saraſin unter Verurtheilung zum Koſtenerſatze ewiges Stillſchweigen wegen ſeiner Anſprüche auferlegt, eventuell demſelben eine weitere 14tägige Friſt zur Anſtellung der Klage unter dem früher angedrohten Rechtsnachtheil angeſetzt werde. Mit der zweiten Beſchwerde wird

verlangt, daß die in voriger Inſtanz angeordnete Mittheilung der vom Provocaten am 23. März 1854 eingereichten Klage zur Vernehmlaſſung aufgehoben und die vom Stadtgericht erkannte Abweiſung dieſer Klage als vor daſſelbe nicht gehörig wiederhergeſtellt werde.

Da die erwähnte Klage noch vor dem Ablauf der deßhalb in dem ſtadtgerichtlichen Decret vom 8. März 1854 feſtgeſetzten Friſt eingereicht worden iſt, und der Provocant lediglich wegen der behaupteten Incompetenz des Stadtgerichts beſtreitet, daß der Auflage jenes Decrets damit genügt worden ſei, ſo war die erſte Beſchwerde von der Entſcheidung der zweiten abhängig, und bedurfte keiner beſondern Prüfung, da die zweite bis auf einen hier nicht erheblichen Nebenpunkt als unbegründet verworfen werden mußte. Zwar konnte

I. abweichend von der Anſicht des Appellationsgerichts, der Gerichtsſtand des Contractes als ſolcher für die vorliegende Klage nicht als ausreichend begründet anerkannt werden. Wenngleich nämlich nicht beſtritten iſt, daß die mündlichen Verhandlungen, in denen der Kläger den Abſchluß eines Kaufgeſchäfts, der Beklagte aber bloße Tractaten findet, in Frankfurt gepflogen wurden, die Verabredung eines anderweiten Erfüllungsortes aber nicht behauptet wird, inſoweit daher die Grundlage des forum contractus gegeben iſt, ſo wird doch nach Frankfurtiſchem Recht — abgeſehen von der hier nicht in Betracht kommenden Frage, ob und inwiefern ein Vermögensbeſitz des Beklagten in Frankfurt den dortigen Richter zur Ausübung ſeiner Competenz berechtige — weiter erfordert, daß der Beklagte in Frankfurt anweſend ſei, und ihm die Klage daſelbſt inſinuirt wurde. An dieſer Bedingung aber fehlte es zur Zeit der Anbringung der vorliegenden Klage. Das Appellationsgericht glaubt, es ſei derſelben dadurch entſprochen, daß der Beklagte zum Behuf der von ihm beim Stadtgericht angeſtellten Provocation einen Anwalt bevollmächtigt habe, indem dieſer auch zur Annahme der Klage, die er provocirt habe, wenigſtens als Inſinuations-Mandatar für legitimirt erachtet werden müſſe. Nun iſt allerdings nicht zu bezweifeln, daß die Anweſenheit des Beklagten durch Beſtellung eines zur Annahme einer erwarteten beſtimmten Klage angewieſenen Specialmandatars erſetzt zu werden vermöge, indem durch Ausſtellung einer dahier gerichteten Vollmacht der Beklagte

gerade darauf ausgeht, zur Prozeßführung durch ſeinen Vertreter gegenwärtig zu ſein und ſomit der geſetzlichen Bedingung zu entſprechen; ein Satz, mit welchem auch das vom Appellanten angeführte Präjudicat

N. Wolff & Sohn ca. Minoprio, December 1852,

nicht in Widerſpruch ſteht. Allein es konnte nicht angenommen werden, daß der zur Provocation beſtellte Anwalt des Beklagten damit auch zur Annahme der provocirten Klage für legitimirt erachtet werden müſſe. Der Provocations-Prozeß iſt, wenngleich präparatoriſch für die Hauptſache, doch nach heutigem Prozeßrecht immer eine von der letzteren unterſchiedene ſelbſtſtändige Prozeßſache, und die Bevollmächtigung zu der einen ſchließt in keiner Weiſe auch die zu der andern in ſich, um ſo weniger, als beide Sachen nicht nothwendig vor demſelben Gericht verhandelt werden müſſen, die Möglichkeit, daß der Provocat die Hauptſache bei einem andern für dieſe competenten Gericht anbringe, vielmehr nach der gemeinrechtlichen Praxis feſtſteht.

Die Inſinuation der provocirten Klage iſt aber eine Handlung, welche dem Hauptprozeſſe und nicht dem Provocations-Prozeſſe angehört. Zwar findet der letztere durch Anſtellung der Klage ſeine Erledigung, aber eben nur deßhalb, weil damit der Haupt-Prozeß, deſſen Herbeiführung bezweckt wurde, begonnen hat. Den Endpunkt des Provocations-Verfahrens bildet in ſolchem Falle nicht die Inſinuation der Hauptklage, ſondern, wenn nicht beiderſeitige Kenntniß einen ſolchen Act entbehrlich macht, die Anzeige (nöthigenfalls Beſcheinigung) des Provocaten, daß die Klage von ihm angeſtellt ſei.

Vergl. Glück, Comment. Bd. 6. S. 495.

Der Anwalt des Provocanten iſt daher als ſolcher zwar zur Entgegennahme dieſer Anzeige, aber nicht zum Empfang der Hauptklage ſelbſt legitimirt.

II. Dagegen mußte die Competenz des Stadtgerichts für die Hauptſache durch freiwillige Unterwerfung des Beklagten für begründet erachtet werden. Dieſe bekundet ſich

1) in ausreichender Weiſe ſchon durch die von demſelben bei dem Stadtgericht angebrachte Provocation. In Uebereinſtimmung

mit beiden vorigen Instanzen ist nämlich davon auszugehen, daß die Provocation nur bei einem für die künftige Hauptsache competenten Gericht angebracht werden dürfe. Ob dieß ein auf alle präparatorischen Sachen anwendbarer Grundsatz sei, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls unterliegt derselbe in Beziehung auf das Provocations-Verfahren keinem Zweifel. Da das letztere in seiner ursprünglichen Entwicklung als einleitender Bestandtheil des Hauptprozesses betrachtet wurde,

vergl. Wetzel, System des Civ. Proz. § 67 flg.

so mußte es auch an den Gerichtsstand der Hauptsache gebunden werden, und bei dieser Folge ist man stehen geblieben, auch nachdem das Provocations-Verfahren sich im weiteren Verlauf zu einer selbstständigen Prozeßsache ausgebildet hatte. Nicht nur hat sich von jeher die große Mehrzahl der Prozessualisten dafür ausgesprochen,

s. die bei Glück, Comment. Bd. 6. S. 493. Note 78, 80 Angeführten.
Struck, introd. ad pr. c. V. § 4. 12.
Martin, Lehrb. § 255.
Bayer, summar. Proz. § 55.
Heffter, System, § 423.
Chop, im Archiv für civ. Prax. Bd. 13. S. 337 flg.
Schmid, Handb. Th. III. S. 48—52.
Planck, Mehrheit ꝛc. S. 314.
Wetzel a. a. O. S. 68.

sondern es ist auch die Praxis damit stets übereinstimmend gewesen, wie die eben genannten und selbst theoretisch abweichenden Schriftsteller

vergl. Thibaut, Pand. 4te Aufl. Th. III. S. 12, 16. Note y.
Gensler, Comment. (ed. Guyet) zu § 244. Nr. III.
Linde, Lehrb. § 336.

bezeugen. Der Satz hat aber auch gesetzlich ausdrückliche Anerkennung gefunden in der

K. G. O. von 1555 Th. II. Tit. 25.

und wenn einige Schriftsteller sich dagegen auf den

J. R. A. § 83.

berufen haben, so kommt die hier vorgeschriebene Verweisung der

Hauptſache an das für dieſe zuſtändige Gericht ganz ebenſo bereits in jener Stelle der K. G. O. vor, und iſt ſchon dadurch der Gedanke an eine Abänderung derſelben ausgeſchloſſen. Beide Stellen erklären ſich aber durch das beſondere Verhältniß des Reichskammergerichts zu der für viele Reichsunmittelbare begründeten Austrägal-Inſtanz; die letztere ſollte für den Hauptprozeß gewahrt werden, wenn der künftige Beklagte bei dem Reichskammergericht die Provocation angeſtellt hätte.

Vergl. Taſinger, instit. juris prud. cameral. T. II. § 605—607.

Dieß konnte er aber nach der K. G. O. nur, wenn er im Allgemeinen für ſeine Perſon den Gerichtsſtand vor dem Reichskammer-Gericht hatte, dieſes alſo für die Hauptſache ſubſidiariſch und jedenfalls in höherer Inſtanz competent war; und er mußte es, da die provocatoriſchen Rechtsmittel zu den von dem Verfahren vor den Austrägen ausgenommenen Sachen gehörten.

Danz, reichsgerichtlich. Proz. § 242.

Immer alſo blieb nach der klaren Vorſchrift der K. G. O. der Gerichtsſtand des Provocanten (des „Antworters in der Hauptſache") allein beſtimmend für die Competenz zum Anbringen der Provocation, und die Beſtimmung des J. R. A. § 83 kann daher nur für den Satz angeführt werden, daß dem Provocaten durch den Provocations-Prozeß nicht die Befugniß entzogen ſein ſoll, für die Hauptſache ein anderes, für dieſe gleich zuſtändiges Gericht zu wählen.

Aus dem obigen Grundſatz, mit welchem nach der Erklärung des Appellations-Gerichts in der Sent. a qua auch die Frankfurtiſche Praxis übereinſtimmt, folgt nun aber, daß von Demjenigen, welcher mit einer Provocation auftritt, angenommen werden muß, er erkenne das angegangene Gericht als für die zukünftige Hauptſache competent an und unterwerfe ſich demſelben, wenn es nicht ſchon geſetzlich zuſtändig ſein ſollte. Gegen dieſe Folgerung kann der Umſtand, daß einzelne Schriftſteller es für theoretiſch richtiger erklären, die Provocation an den Gerichtsſtand des Provocaten zu verweiſen, bei der unzweideutigen Beſtimmung der K. G. O. und der ihr entſprechenden entſchiedenen Praxis nicht in Betracht kommen. Auch wird es nicht bloß vermöge dieſer Folgerung, ſondern auch unter Vorausſetzung der (jetzt längſt verlaſſenen)

Anſicht, daß die Provocation bei jedem beliebigen Gericht angebracht werden könne, mehrfach ausdrücklich anerkannt, daß der Provocant das von ihm angegangene Gericht nachher in der Hauptſache nicht mehr als incompetent anfechten dürfe.

Carpzov, decision III. dec. 213. Nr. 10 sq.
Mevius, decision III. dec. 212.
Berger, electa proc. prov. § 20, 22.
Schaumburg, princ. pr. II, II. c. 6. § 8.
Linde, Lehrb. a. a. O.

Im vorliegenden Falle muß dieß nun um ſo mehr gelten, als es dem Provocanten ohne Zweifel bekannt war, daß aus einem bloß mündlich abgeſchloſſenen Kaufgeſchäfte über das fragliche Object vor franzöſiſchen Gerichten nicht geklagt werden könne, er alſo mit ſeiner Provocation nur in der Vorausſicht aufgetreten ſein kann, daß die Hauptſache in Frankfurt werde anhängig gemacht werden.

Ueberdieß wird die Unterwerfung des Provocanten unter das Stadtgericht zu Frankfurt

2) noch dadurch beſtätigt, daß er unter dem 16. März 1854 einen Anwalt ernannte, um ſich bei dem von ſeinem Gegner für die künftige Hauptſache beantragten Zeugenverhör zum ewigen Gedächtniß vertreten zu laſſen, und der ernannte Anwalt ohne allen Vorbehalt der Abhörung zweier Zeugen beiwohnte und ſich mit Fragen dabei betheiligte. Denn da die Aufnahme eines Beweiſes zum ewigen Gedächtniß, als eine der künftigen Hauptſache anhängige Prozeßhandlung, der Regel nach bei dem für die Hauptſache competenten Gerichte beantragt werden muß, und nur ganz beſonders zu begründende Ausnahmen davon ſtattfinden.

Gail, observ. I. obs. 93.
Mevius, I. c. VIII. dec. 281.
Böhmer, jus eccles. Prot. II. 6. § 11 und 12.
Knorr, Proz. I. 15. § 6.
Danz, ord. Proz. ed. Gonner, § 466.
Hefftter, Syſtem, § 494.

Hier aber der Beweisführer (Saraſin) ſich auf einen ſolchen Ausnahmsfall gar nicht berufen hatte, ſo führt die erwähnte Handlungsweiſe ebenfalls auf die Vorausſetzung, daß der Provocant das Stadtgericht für die erwartete Klage als competent anerkannt habe.

III. Ob man in Folge der so begründeten Unterwerfung annimmt, daß dem Stadtgericht die Eigenschaft eines forum contractus zukomme, bei welchem auf die Bedingung der Anwesenheit des Beklagten verzichtet worden sei, oder daß es überhaupt nur als forum prorogatum betrachtet werden könne, macht im Erfolg keinen Unterschied, da es auch für die letztere Auffassung an den nöthigen Voraussetzungen nicht fehlt. Die Eigenschaft des Provocanten, als eines Ausländers, steht nicht entgegen, da nach der richtigeren, auch vom Ober-Appellationsgerichte schon früher

vergl. Frankf. Präjudic. Cahn ca. Meyer, Juli 1852,

gebilligten Ansicht die Prorogation auswärtiger Parteien auf inländische Gerichte für zulässig zu halten ist. Auch das weiter vom Stadtgericht angedeutete Bedenken, ob der Beklagte nicht bis zum Beginn des Prozesses seine Unterwerfung unter ein incompetentes Gericht zurücknehmen dürfe, kann nicht getheilt werden.

Vergl. Bayer, Vortr. 7te Aufl. S. 153.

Endlich muß mit dem Appellationsgericht die Einwilligung des Stadtgerichts als erfolgt angenommen werden, da es sich zu einer Zeit, wo der Provocant als abwesend von Frankfurt vorausgesetzt wurde, der Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß unterzog, und dieß nach dem Obigen nur auf Grund seiner Competenz für die Hauptsache thun konnte.

IV. War aus diesen Gründen das vorige Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen, so mußte doch nach der obigen Ausführung unter I. die verfügte Insinuation der Klage an den bisherigen Anwalt des Provocanten abgeändert und dem Stadtgericht überlassen werden, die Mittheilung der Klage sonst auf geeignetem Wege zu bewirken.

B. Die Grundlosigkeit der dritten Beschwerde, womit verlangt wird, daß der Provocat in die Kosten erster und zweiter Instanz verurtheilt werde, folgte aus der Hauptentscheidung, wie denn auch die nur einen Nebenpunkt betreffende Abänderung des vorigen Erkenntnisses keinen Grund abgeben konnte, den Provocanten, selbst nur theilweise, von den Kosten der jetzigen Instanz zu befreien.

77.

L. D. aus T., Klägerin, gegen **F. C. M. W.**, Beklagten, Schwängerung und Eheverſprechen, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. Januar 1856.

Auf Appellation der Klägerin.

Von den beiden Beſchwerden der Klägerin, welche nach Maaßgabe des Erkenntniſſes des Ober-Appellationsgerichts vom 30. Juni 1855 *) allein zur Beurtheilung ſtehen, war

I. die zweite für begründet zu erachten.

Die Vaterſchaft des Beklagten in Beziehung auf das von der Klägerin am 9. Juli 1850 geborene Kind, welches am 28. Juli getauft worden, und bei welchem der Beklagte Gevatter geſtanden hat, iſt, wie rechtskräftig feſtſteht, bis zum Suppletorium erwieſen.

Während ferner der Beklagte entſchieden geläugnet hat, der Klägerin nach ihrer Niederkunft irgendwelche Zahlungen für Alimentation ihres Kindes geleiſtet zu haben, vielmehr fortwährend behauptet hat, daß alle von ihm geleiſteten Zahlungen anticipirte Abzahlungen auf die der Klägerin verſprochene Abfindung von fl. 500 geweſen ſeien, welches Verſprechen in die der Frau Schlei am 21. Juli 1850 ausgeſtellte Schuldverſchreibung gekleidet worden, ſteht es rechtskräftig, als bis zum Suppletorium der Klägerin bewieſen feſt, daß alle die von der Niederkunft der Klägerin an bis zum März 1852 ſucceſſiv theils dieſer ſelbſt, theils für ſie der Frau Schlei vom Beklagten bezahlten Gelder als Alimente für das Kind bezahlt worden ſeien.

---

*) Siehe Seite 172 des zweiten Bandes dieſer Sammlung.

Es fragt ſich alſo nur, ob und inwieweit auch der ihr ferner auferlegte Beweis,

daß der Beklagte der Klägerin verſprochen habe, monatlich fl. 8 Alimente für das Kind zu zahlen,

für erbracht zu achten iſt. — — —

Der Grund, weßhalb die Briefe des Beklagten beweiſen, daß beſtimmte monatliche Alimentenzahlungen verſprochen geweſen ſein müſſen, liegt nämlich darin, daß es immer darin heißt: „das Geld," „Ihr Geld." Dieß ſetzt nothwendig voraus, daß der Klägerin der Betrag deſſen, was Beklagter zu ſenden oder zu geben verhieß, im Voraus bekannt war, ſonſt hätte er ſich unmöglich ſo ausdrücken können, ſondern eine beſtimmte Summe angeben oder unbeſtimmt „Geld" ſagen müſſen. Bekannt konnte der Betrag nun aber der Klägerin nur in doppelter Weiſe ſein, entweder dadurch, daß ſie dem Beklagten in Folge ſeiner Zuſage, für die Unterhaltung des Kindes zu ſorgen, die Koſten derſelben jeden Monat beſonders aufgab, mit anderen Worten: ihm eine Rechnung einſchickte, oder dadurch, daß er ſich ein- für allemal zur Zahlung eines beſtimmten monatlichen Betrags gegen ſie verbindlich gemacht hatte. Wäre nun das Erſtere der Fall geweſen, ſo würde es dem Beklagten ein Leichtes geweſen ſein, dieß durch Briefe der Klägerin, deren er nach Inhalt der ſeinigen mehrere empfangen hat, zu beweiſen. Dieß hat er aber, obwohl er einen Gegenbeweis angetreten, nicht gethan, ſondern fortwährend geläugnet, überall Alimente gezahlt zu haben. So iſt man denn berechtigt, anzunehmen, daß den Alimenten-Zahlungen die Zuſage eines feſten Monatsbetrages zum Grunde liegt.

Wie groß dieſer ſeit dem 12. Februar 1851, wo die Unterſtützung der Klägerin aufhören ſollte, zur Alimentation des Kindes monatlich gezahlte Betrag geweſen iſt, ergeben nun zwar die Briefe des Beklagten nicht. Hierfür liefern aber die Ausſagen der völlig unverdächtigen Schmidt'ſchen Eheleute einen Beweis, der von den vorigen Richtern nicht gehörig gewürdigt iſt. — — —

Nach allem dieſen und da der Beklagte für die Zahlung eines geringeren monatlichen Alimentenbetrags gar nichts beigebracht hat, war unbedenklich die Beſtimmung der

Ref. I. 39. § 7.

anzuwenden, mithin der Beweis für halb geführt anzunehmen, und die Klägerin mit dem Stadtgericht zum Suppletorium zuzulaſſen; und zwar um ſo unbedenklicher, als ſelbſt dann, wenn der Fall des § 8 vorläge, daß jeder Theil ſeines Fürbringens anſehnliche und ſtarke Anzeigungen für ſich hätte, die Klägerin vor den Beklagten zum Eide zu laſſen ſein würde, da ſchon jetzt klar iſt, daß der Beklagte ſich arger Unwahrheiten in der Sache ſchuldig gemacht hat. Ueber die Faſſung und die Folge des abzuleiſtenden Eides iſt noch Folgendes zu bemerken.

Das Appellationsgericht hat der Klägerin im Beweis-Interlocute vom 13. April 1853 nicht den Beweis auferlegt, daß der Beklagte verſprochen habe, bis zum zurückgelegten vierzehnten Lebensjahre des Kindes fl. 8 monatlich Alimente für daſſelbe zu zahlen. Es iſt vielmehr offenbar von der Anſicht ausgegangen, daß die Dauer der Verpflichtung geſetzlich oder doch durch entſchiedene Praxis feſtſtehe, und daher nur in Anſehung der Größe ein Beweis nöthig ſei.

Ebenſo hat das Stadtgericht die Sache angeſehen. Es iſt in Uebereinſtimmung mit einer früheren Entſcheidung des Ober-Appellationsgerichts davon ausgegangen, daß, wenn der Beklagte drei Jahre hindurch monatlich fl. 8 Alimente gezahlt hätte, alsdann nach

L. 1. C. de fideicom.

ſeine Verpflichtung auch künftig bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre des Kindes die gleiche Summe zu zahlen ohne Weiteres begründet wäre.

Ziegler ca. Schmidt. 1837. *)

Die gleiche Wirkung nimmt Es an, wenn das behauptete Verſprechen durch hinzukommenden Eid bewieſen iſt, und hat dieſen Eid daher mit Recht nach dem Beweisthema formulirt.

II. Die fünfte Beſchwerde der Klägerin konnte dagegen für eine begründete nicht erachtet werden. Allerdings zwar iſt es geſetzliche Vorſchrift, daß der Richter, wenn er auf einen noth-

*) Siehe Seite 305.

wendigen Eid erkennt, zugleich eventuell das Endurtheil hinzufügen ſoll.

L. 11. C. de sententiis.
Linde, Prozeß, § 328.

Indeſſen iſt dieß noch keine ſolche Vorſchrift, deren Befolgung unter allen Umſtänden nothwendig und auch nur zweckmäßig wäre, namentlich in einem Falle wie der vorliegende, wo auf viele Eide für eine oder die andere Parthei erkannt iſt, und das Endreſultat ein verſchiedenes iſt, je nachdem alle, oder nur einige dieſer Eide abgeleiſtet werden. Jedenfalls hat die Parthei, beim Mangel jedes materiellen Intereſſes, kein zur Beſchwerdeführung befugendes Recht aus jener Vorſchrift, wie denn auch die Klägerin eine Aenderung des erſten Erkenntniſſes in dieſem Punkte mehr nur anheimgegeben als wirklich beantragt hat.

Bei ergehender Reformatoria waren die Koſten dieſer Inſtanz, ſoweit nicht bereits rechtskräftig darüber erkannt worden, zu compenſiren.

Auszug aus den Seite 304 angezogenen Entſcheidungsgründen in Sachen:

Ziegler ca. **Schmidt** 1837.

Endlich kann auch die bloße Thatſache der bisherigen Entrichtung der Alimentengelder nach einem gewiſſen Maaßſtabe nicht dahin führen, hieraus eine rechtliche Verpflichtung zur Fortbezahlung eben deſſelben quanti abzuleiten, weil gerade bei Alimenten hierzu eine gleiche Leiſtung während eines Zeitraums von wenigſtens drei Jahren erforderlich iſt,

L. 1. C. de fideicomm.

der Beklagte aber nur vom October 1834 bis 1. Februar 1836, alſo etwas über fünfzehn Monate, den in Frage ſtehenden Betrag entrichtet hat. — —

Ebenſo wenig verdient aber auch das Anführen des Beklagten — daß die fraglichen Alimente nach einer obſervanzmäßigen Norm der Frankfurter Gerichte auf 45 kr. wöchentlich für die erſten ſieben Lebensjahre, und auf fl. 1 wöchentlich für die weiteren ſieben

Lebensjahre des unehelichen Kindes zu bestimmen seien — eine rechtliche Beachtung.

Das Ober-Appellationsgericht hat schon früher, namentlich zum Erkenntnisse vom 14. Mai 1835 in Sachen Dörr ca. Schieß, unter Bestätigung der vorigen Erkenntnisse, ausgesprochen, daß ein solcher Gerichtsgebrauch zu Frankfurt nicht bestehe, und jedenfalls nicht für eine consuetudo rationabilis zu achten sein würde, daß jene Beträge in geeigneten Fällen etwa nur als das Minimum zu betrachten seien, daß es aber nach der Natur der Sache nicht angeht, bei so großer Verschiedenheit der Standes- und Vermögensverhältnisse überall und unabänderlich denselben Maaßstab zum Grunde zu legen. — —

78.

F. Poirier zu Chateauneuf, Kläger und Widerbeklagter, wider **Heinrich Brisbois**, Beklagten und Widerkläger, wegen Lotteriegewinns.

Erkenntniß des Stadtgerichts

vom 14. October 1853.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — — —

3) Beklagter zwar die Aechtheit des auf (dem Loostheile) [2] act. befindlichen Indossaments anerkennt, jedoch

4) in den in diesem Indossament vorkommenden Worten: (valable) — „aux termes de ma lettre du 29 Novembre 1847" eine wesentliche Modification des Spielvertrags zwischen den Partheien enthalten sein kann, und es ungewiß ist, ob nicht in dem Schreiben vom 29. November 1847 besondere Bedingungen enthalten seien, deren Erfüllung dann, um auf Auszahlung des Gewinnes zu klagen, erst nachzuweisen wäre, die klägerische Replik aber, daß die hieraus von dem Beklagten entnommene Einrede zu unbestimmt und nicht gehörig begründet sei, weil sie keine nähere Angaben über den Inhalt des gedachten Schreibens mache, nach der prozessualischen Lage der Sache als nicht zutreffend erscheint, indem es sich hier nicht von einer peremptorischen, aus dem Inhalt des Schreibens entgegengesetzten Einrede handelt, sondern die angestellte Klage an sich unvollständig und mangelhaft ist, weil der Kläger aus dem Besitz einer Schuldurkunde, die ihrem Inhalt nach aus einem referens und einem relatum besteht, klagen will, ohne das relatum zu produciren, oder auch nur dessen Inhalt anzugeben, — daher die von dem Beklagten hierauf gestützte dilatorische Einrede und der Antrag auf Abweisung der angebrachten Klage begründet sind,

— — — — — — — — — — — — — —

wird zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — —

II. Kläger wird mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abgewieſen.

III. — — — — — — — — — — — — —

IV. Kläger und Widerbeklagter iſt ſchuldig, binnen gleicher Friſt ſämmtliche dem Beklagten und Widerkläger entſtandenen Koſten zu erſetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 18. Januar 1854.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung

1) daß unbeſtritten iſt, daß Kläger ein Loos der 112ten Frankfurter Lotterie bei dem Beklagten geſpielt hat, und daß Beklagter aus dem Gewinn dieſes Looſes noch Frcs. 55. 70 Cent. ſchuldet, daß ſomit Kläger und Beklagter in lotteriegeſchäftlicher Verbindung, und des Widerſpruchs des Beklagten ungeachtet, in einem Abrechnungsverhältniſſe geſtanden, daß

2) Beklagter dem Kläger das Viertel-Loos Nr. 6509 der unmittelbar auf vorſtehende 112te Lotterie folgenden 113ten Lotterie überſchickt, während er demſelben aus dem Gewinn eines Looſes der 112ten Lotterie noch Frcs. 55. 70 Cent. ſchuldete, daß

3) dieſes Loos Nr. 6509 der 113ten Frankfurter Lotterie vom Beklagten auf den Namen des Klägers, mithin auf eine beſtimmte Perſon für alle Claſſen gültig indoſſirt iſt, daß

4) an dieſer Zuſendung des Looſes Nr. 6509 und deſſen Indoſſirung für alle Claſſen ohne Baarzahlung ein Handel auf Credit gefolgert werden muß,

ſ. Heiſe und Cropp, juriſt. Abh. 1. S. 429.

5) der Zuſatz in dem Indoſſament „aux termes de ma lettre du 29 Novembre 1847" in vorliegendem Fall um ſo weniger als ein ſolches relatum betrachtet werden kann, welches weſentlich zur Sache gehört, indem das auf dem Loos ſtehende Indoſſament an ſich ſchon Alles enthält, was zum Geſchäfte gehört, und die Gültigkeit des Indoſſaments nicht durch den Inhalt des Briefes

vom 29. November 1847 bedingt ist, und keinen wesentlichen Bestandtheil des Klagfundaments bildet; daß jedoch

6) dem Beklagten der Beweis, daß der Verkauf des Looses unter Bedingungen geschehen sei, welche in dem Schreiben vom 29. November 1847 enthalten sein sollen, welche Bedingungen Beklagter in der Einredeschrift und der Duplikhandlung näher dahin bezeichnet:

> „daß der ganze Kaufpreis mit Frcs. 62. 50 Cent. vor der Ziehung der ersten Classe vollständig berichtigt sein müsse, weil nur hierdurch das Recht auf Gewinn und Freiloos erworben werde,"

vorbehalten werden muß,

wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Decrets vom 14. October 1853 zu Recht erkannt:

> Beklagter ist schuldig, binnen sechs Wochen den auf das Viertel-Loos Nr. 6509 in der zweiten Classe der 113ten Frankfurter Lotterie gefallenen Gewinn nach Abzug der planmäßigen 12 Procent im eingeklagten Betrage von fl. 2546. 40 kr., sowie nach Abzug der bereits bezahlten Frcs. 200 und der auf das Loos noch rückständigen Frcs. 6. 80 Cent. sammt 5 Procent Zinsen vom Tage der insinuirten Klage zu bezahlen, auch den durch nicht Einlieferung des Freiloofes dritter Classe dem Kläger erwachsenen Schaden, vorgängig dessen Liquidation, sowie die Kosten voriger Instanz zu ersetzen, er könne denn, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenüglich erweisen:
>
> > daß bei Einsendung des für alle Classen indossirten Looses Nr. 6509 der 113ten Frankfurter Lotterie die Bedingung gestellt worden, daß der ganze Kaufpreis von Frcs. 62. 50 Cent. vor der Ziehung der ersten Classe der 113ten Lotterie vollständig bezahlt sein müsse,
>
> wobei demselben auf das bereits in der Duplikhandlung gestellte Editions-Gesuch zurückzukommen unbenommen bleibt.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden gegeneinander aufgehoben und die Remission der Acten verordnet.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. Januar 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

Daß — — das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 18. Januar 1854, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen, soweit es angefochten, zu bestätigen, dagegen auf Grund der dritten appellantischen Beschwerde sub b und der vierten Beschwerde dahin abzuändern sei, daß

1) dem Beklagten, außer und alternativ mit dem ihm im gedachten Erkenntnisse verstatteten Beweise, der gleichzeitig mit demselben anzutretende Beweis — dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich — nachzulassen sei:

daß er bei der Uebersendung des fraglichen Viertel-Looses zur 113ten Lotterie eine ausdrückliche Erklärung der Annahme sich ausbedungen habe;

und

2) daß die eventuelle Verurtheilung des Beklagten in den, dem Kläger durch Nichtlieferung des Freiloses dritter Classe erwachsenen Schaden in Wegfall zu bringen, dem Kläger dieses Gegenstandes halber vielmehr nur im Allgemeinen Rechtszuständigkeiten vorzubehalten seien.

Und wird nunmehr die Sache, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der wider das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 18. Januar 1854 gerichteten appellantischen Beschwerdeführung war theilweise zu entsprechen. Anlangend die erste Beschwerde, durch welche der Beklagte Wiederherstellung des stadtgerichtlichen, die angestellte Klage angebrachtermaaßen abweisenden Erkenntnisses vom 14. October 1853 bezweckt hat, so steht derselben entgegen, daß der Kläger nach den in der Klagschrift enthaltenen Angaben, welche in der

Replikenschrift wiederholt und näher erläutert worden sind, sich bestimmt als den Käufer des fraglichen Viertel-Looses zu erkennen gegeben und das Loos als ein von dem Beklagten erkauftes seiner Klage zum Grunde gelegt hat. Nun erhellet freilich aus dem auf dem Rücken des bei der Klage vorgelegten Looses enthaltenen Vermerke (Valable pour Monsieur Poirier — pour toutes les classes, aux termes de ma lettre du 29 Novembre 1847), daß möglicher Weise besondere Bedingungen bei dem Kaufgeschäft und bei der auf selbigem beruhenden Uebertragung des Looses Statt gehabt haben können; allein die bloße Möglichkeit des Vorhandenseins solcher Bedingungen läßt es nicht unstatthaft erscheinen, daß der Kläger mit der Klage aus dem Kaufe, als einem unbedingten, oder einem solchen, dessen Bedingungen bereits erfüllt worden, und mithin nicht mehr in Betracht kommen, hervorgetreten ist. — Von der Klage-Beantwortung war es dann abhängig, ob der Kläger einen unbedingten Abschluß des Geschäftes, oder den Eintritt der etwa zugestandenen Bedingungen behaupten und eventualiter beweisen müsse.

Ohne Grund nimmt der Beklagte hier Bezug auf die Begründung des von ihm angezogenen Ober-Appellationsgerichts-Erkenntnisses

in Sachen Fuld & Comp. ca. Horwitz vom 30. Juni 1849.

Die damals entschiedene Sache wich von der vorliegenden insofern wesentlich ab, als dort die Klage ausdrücklich nicht aus einem Kaufe, oder einem sonstigen Contracte erhoben, sondern lediglich auf den Besitz des vorgelegten Looses gestützt war, welches letztere überdieß weder auf den Inhaber, noch, wie hier der Fall, auf den Namen des Klägers lautete, sondern in einer Weise indossirt war, welche den Rechtsgrund des klägerischen Besitzes völlig im Ungewissen bleiben ließ.

Die zweite Beschwerde, in deren principalem Theile, geht dahin, daß nicht der Kläger definitiv abgewiesen worden sei. Dem hierauf gerichteten Antrage des Beklagten stand indessen schon der Umstand entgegen, daß weiter, als durch das Stadtgerichts-Erkenntniß, welches der Beklagte der Rechtskraft überlassen hat, geschehen ist, zu des Letzteren Gunsten in keinem Falle gegangen

werden kann, das Stadtgericht hat aber den Kläger nicht definitiv, ſondern nur, maaßen er die Klage angebracht hat, abgewieſen.

Anlangend

3) den eventuellen Theil der zweiten und die dritte Beſchwerde, ſo betreffen dieſelben zwei verſchiedene Punkte. Der Beklagte gravaminirt darüber,

a) daß nicht dem Kläger der Beweis der geſchehenen Creditirung des für das Loos zu vergütenden Preiſes von Frcs. 62. 50 Cent. oder doch des reſtirenden Belaufes von Frcs. 6. 80 Cent. zur Pflicht gemacht, eventualiter, daß nicht wenigſtens der hierauf ſich beziehende, vom Appellationsgerichte dem Beklagten nachgelaſſene Beweis auch auf eine frühere Mittheilung dieſes Letzteren, daß unter allen Umſtänden volle Zahlung des Einſatzbelaufes die Vorausſetzung eines gültigen Looserwerbes ſei, gerichtet,

b) daß nicht dem Kläger der Beweis ſeinſeitiger und zwar zeitiger Acceptation der von dem Beklagten geſchehenen Offerirung des fraglichen Looſes aufgelegt, eventualiter, daß nicht ihm, dem Beklagten, der Beweis der Ausbedingung ſolcher Acceptation nachgelaſſen worden ſei.

Nun iſt im Laufe der Verhandlungen ſo viel über das ſtreitige Verhältniß in Gewißheit gebracht worden, daß der Kläger mit Beweisführungen nicht belaſtet werden kann, und es ſich nur darum handelt, welche Beweiſe dem Beklagten etwa nachzulaſſen ſind.

Die Sachlage, wie ſie insbeſondere aus der beklagtiſchen Darſtellung erhellet, war folgende:

Der Kläger hatte in des Beklagten Collecte ein Viertel-Loos der 112ten Frankfurter Lotterie geſpielt. Bei der damals entſtandenen Geſchäfts-Verbindung zwiſchen den Partheien will der Beklagte dem Kläger als Bedingung des Spielens bei ihm mitgetheilt haben:

„toute action doit être payée à l'avance, parceque seulement les actions acquises de cette manière ont droit aux gains et aux actions gratuites."

Das Loos des Klägers gewann in der 112ten Lotterie netto Frcs. 55. 70 Cent.

Nachdem dieß geſchehen war, ſandte der Beklagte dem Kläger ein Viertel-Loos zu der folgenden 113ten Lotterie, in der, wie er

nicht beſtreitet, gehegten und auch als von ihm gehegt durch die Zuſendung des Looſes kundgegebenen Annahme, daß der Kläger ein Viertel-Loos werde weiter ſpielen wollen. Für dieſes Loos der 113ten Lotterie ſoll nach des Beklagten Behauptung die vorbemerkte, früher mitgetheilte Bedingung als ſtillſchweigend fortbeſtehend anzuſehen geweſen ſein, ſo daß erſt nach vollſtändig geleiſteter Zahlung des Einſatzbelaufes der Kläger ein Recht auf das Ergebniß des Looſes habe erlangen können.

Nun lag aber die Sache zu der Zeit, als die hier beſprochene Looszuſendung erfolgte, weſentlich anders, als damals, wo der Beklagte dem Kläger zum erſten Male ein Loos zugängig gemacht hatte. Denn die Strenge, welche gegen einen ausländiſchen, überdieß erſtmaligen Spieler in Betreff der vorherigen Bezahlung des Einſatzpreiſes motivirt war, entbehrte jedes Grundes unter den nunmehr veränderten Umſtänden, wo der Beklagte von dem Kläger Frcs. 55. 70 Cent. in Händen hatte, alſo der Letztere nur noch den geringfügigen Belauf von Frcs. 6. 80 Cent. zur Completirung des vollen, Frcs. 62. 50 Cent. betragenden Einſatzpreiſes einzuſenden brauchte. Daß der Beklagte es irgendwie zweifelhaft habe erſcheinen laſſen, etwa durch eine Anfrage wegen Remittirung der Frcs. 55. 70 Cent., daß er dieſen Belauf als auf den Einſatzpreis des neu geſchickten Looſes validirend anſehe, behauptet er nicht, und der Kläger war demnach zu der Annahme berechtigt, dieſen Theil der ihm obliegenden Zahlung als geordnet anzuſehen, ſo daß es nur noch auf die Vergütung des mehrgedachten kleinen Reſtbelaufes ankomme. Wäre nun nicht etwa ausdrücklich bei der Zuſendung des Looſes, welches überdieß für alle Claſſen auf des Klägers Namen geſtellt worden war, dem Letzteren erklärt worden, auch von den Frcs. 6. 80 Cent. gelte in Beziehung auf das geſammte, wenngleich zu $^9/_{10}$ bereits bezahlte, Loos daſſelbe, was früher in Beziehung auf gänzlich unbezahlte Looſe als Contracts-Bedingung aufgeſtellt worden ſei, ſo durfte der Kläger annehmen, daß es mit der Einſendung des Reſtbetrags nicht eile, und daß es im äußerſten Falle früh genug ſei, wenn der Beklagte vor der Renovationszeit zur ſechsten Claſſe in den Beſitz jenes Betrages gelange. Der Kläger befindet ſich daher nicht in der Lage, einen Beweis in der hier

beſprochenen Richtung führen zu müſſen, und dem Vorbringen des Beklagten iſt auf ausreichende Weiſe dadurch entſprochen worden, daß das Appellationsgericht, wie oben sub a) angeführt worden, ihm den Beweis nachgelaſſen hat, ſich ſpeciell in Betreff des Looſes zur 113ten Lotterie vollſtändige Zahlung des Einſatzbelaufs vor der Ziehung der erſten Claſſe ausbedungen zu haben. Nur wenn die früher, unter weſentlich anderen Umſtänden geſtellten Bedingungen als ſtillſchweigend fortbeſtehend angeſehen werden könnten, würde der Beweisführung des Beklagten in Betreff des hier berührten Punktes ein weiterer Spielraum zu geben ſein, welche Vorausſetzung indeſſen zufolge des Obigen nicht vorhanden iſt.

Dagegen mußte den Anträgen des Beklagten wenigſtens theilweiſe in Betreff des oben unter b) berührten Punktes entſprochen werden. Freilich hat der Beklagte anfänglich nur behauptet, er habe dem Kläger das Loos zur 113ten Lotterie geſchickt und

„ihn erſucht, ſich zu erklären, ob er daſſelbe annehmen wolle,"

woraus in Berückſichtigung der damaligen Umſtände — insbeſondere des ſtillſchweigenden Einbehaltens der Frcs. 55. 70 Cent. — noch nicht gefolgert werden könnte, daß nicht auch eine ſtillſchweigende Acceptirung der gemachten Offerte insbeſondere dadurch, daß dem Einbehalten der Frcs. 55. 70 Cent. kein Widerſpruch entgegengeſetzt wurde, die Perfection des Geſchäftes hätte bewirken können, allein in den ſpäteren Vorträgen, insbeſondere in der gegenwärtigen Inſtanz, hat der Beklagte jenem, zufolge ſeiner Behauptung an den Kläger gerichteten Verlangen die Deutung beigelegt, daß eine ausdrückliche Annahme des Looſes wirklich ausbedungen worden ſei, daß alſo die Perfection des Kaufes und der Erwerb des Looſes auf Seiten des Klägers an die Vorausſetzung einer und zwar alsbald zu erklärenden, ausdrücklichen Acceptation geknüpft worden ſei. So wenig nun auch dieſes Vorbringen, in Berückſichtigung der oben beſprochenen Sachlage, die Veranlaſſung zu einem dem Kläger in Betreff der Acceptation des Looſes aufzulegenden Beweiſe werden konnte, ſo war doch dem Beklagten, ſeinem eventuellen Erbieten gemäß, die Möglichkeit zu gewähren, den hier beſprochenen Umſtand in einer ſeinerſeits zu liefernden Beweis-

führung herzuſtellen. — Schon aus dem vorhin Bemerkten erhellt übrigens, daß hier nicht von einem bloßen Auffordern zur Antworts-Ertheilung über das Behalten oder Nichtbehalten des Looſes die Rede ſein kann, ſondern, daß nur der Beweis einer ſolchen Aufforderung des Beklagten genügen würde, durch welche dem Kläger in verſtändlicher Weiſe kundgemacht worden, daß der Erwerb des Looſes von der ausdrücklichen Meldung der Acceptirung deſſelben abhängig gemacht werde, und dieß iſt der Sinn des im Erkenntniſſe feſtgeſtellten Beweisſatzes.

Unbegründet iſt es, wenn der Beklagte in Betreff der Sachlage, welche nach dem Schluſſe der 112ten Lotterie Statt gefunden hat, die Behauptung aufſtellt, er habe die mehrbeſprochenen Frcs. 55. 70 Cent. im Rechtsſinne nicht für den Kläger in Händen gehabt, und nur bedingt habe er ſie ihm verantworten müſſen, falls der Kläger das bezügliche Trefferloos eingeſendet haben würde. Ohne Zweifel lag es dem Kläger ob, dem Beklagten das Trefferloos zu überſchicken, allein daß dieſer Gegenſtand als ein unweſentlicher anzuſehen iſt, kann um ſo weniger einem Bedenken unterliegen, als der Beklagte die Frcs. 55. 70 Cent. einbehalten hat, ohne, zufolge ſeiner in den Acten gemachten Angaben, des Trefferlooſes und deſſen Einſendung zu gedenken. Und für den vorliegenden Prozeß kann es vollends nicht auf jenes Vorbringen ankommen, da der Beklagte unumwunden in erſter Inſtanz (excipiendo pag. 10) erklärt hat, der Kläger habe bei ihm ein Guthaben von Frcs. 55. 70 Cent. beſeſſen, und mithin nur noch Frcs. 6. 80 Cent. einzuſchicken gehabt.

Der Beklagte hat endlich bei der dritten Beſchwerde ſich dadurch als beeinträchtigt darzuſtellen verſucht, daß nicht ſeinem in erſter Inſtanz auf Edition des Briefes vom 27. November 1847 geſtellten Antrage entſprochen, und nicht außerdem ihm vorbehalten ſei, ex anteactis deduciren zu dürfen. In Betreff des Editions-Antrages hatte die erſte Inſtanz bei ihrer Auffaſſung der Sache überhaupt keine Veranlaſſung, irgend Etwas zu verfügen; ebenſo wenig iſt dem Beklagten von dem Appellationsgerichte in dieſer Hinſicht Etwas aberkannt, und ſteht es ihm ſelbſtverſtändlich frei, auf den hier beſprochenen Gegenſtand bei Gelegenheit des Beweis-

verfahrens zurückzukommen. Nicht minder verſteht ſich die Befugniß von ſelbſt, die etwaigen in den Acten liegenden, zum Beweiſe dienlichen Momente benutzen zu dürfen.

Der vierten Beſchwerde, daß der Beklagte für ſchadenerſatzpflichtig in Betreff der Nichtlieferung eines Freiloſes zur dritten Claſſe erklärt worden ſei, mußte aus dem vom Beklagten für dieſelbe angeführten Grunde entſprochen werden, weil das Petitum der Klage in Wirklichkeit hierauf nicht mitgerichtet geweſen iſt, wie denn auch über dieſen Punkt überhaupt keine Verhandlungen der Partheien Statt gefunden haben. Dem Kläger waren demnach in Betreff deſſelben nur Competentien vorzubehalten.

79.

Gebrüder Doctor, Kläger, gegen **Jacob Reinganum,** Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 25. Januar 1854.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

2) bei dem vorliegenden Rechtsſtreite es ſich im Weſentlichen darum handelt, ob der in dem Contocorrent unterm 6ten Poſten des Soll aufgeführte Gewinn 4ter Claſſe der 124ſten Lotterie von fl. 1000, beziehungsweiſe von fl. 880 nach Abzug der planmäßigen 12 pCt., der klagenden Handlung oder dem Beklagten gebühre; daß

3) die Erledigung dieſer Streitfrage davon abhängt, ob das betreffende Gewinnloos nach der Angabe der Klägerin ein Heuerloos geweſen ſei oder nicht; daß

4) Beklagter ſich hierüber in ſeiner Vernehmlaſſung nicht mit der erforderlichen Beſtimmtheit ausgeſprochen, in der Schlußerklärung aber zugeſtanden hat, daß das gedachte Loos zu denjenigen 14½ Looſen gehört, welche er der Klägerin für die 4te Claſſe verheuert habe; daß

5) zwar mit dem vorerwähnten Zugeſtändniß die Behauptung verbunden worden iſt, Klägerin habe ihm, Beklagten, die fraglichen 14½ Renovationsloose zur 4ten Claſſe unter dem Vorgeben vorenthalten und ihn zu deren Verheuerung überredet, daß dieſe Looſe nicht mehr in ihrem Beſitze befindlich und bereits anderweit verheuert worden ſeien, welches Vorgeben ſich übrigens ſpäterhin als unwahr herausgeſtellt habe, wonach denn auch das zwiſchen der Klägerin und dem Beklagten abgeſchloſſene Heuergeſchäft zu reſcindiren und ihm, dem Beklagten, der auf eines der 14½ Looſe gefallene Gewinn von der Klägerin zu erſtatten, ſowie eine Entſchädigung von fl. 242 zu leiſten ſei, und daß

6) jedoch dieſer erſt in der Schlußerklärung vorgebrachte Einwand ſchon als verſpätet nicht zu berückſichtigen und daher die Klägerin für ihre eingeklagte, ſonſt nicht beanſtandete Forderung zu befriedigen iſt,

wird zu Recht erkannt:

Beklagter iſt ſchuldig, binnen drei Wochen den eingeklagten Geſammtbetrag von fl. 972. 38 kr. nebſt Verzugszinſen zu 5 pCt. und zwar aus fl. 837. 38 kr. vom Tage der Inſinuation der Klage (14. November 1853) und aus fl. 135 vom Tage der Inſinuation des Nachtrags zur Klage (18. November 1853) zu bezahlen, auch die Streitkoſten zu erſetzen.

Durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts (Rechtsfacultät Jena) vom 23. October 1854 wurde dieſes Urtheil unter Verurtheilung des Appellanten (Beklagten) in die Koſten beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Januar 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt das bei dem Appellations-Gericht der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 23. October 1854, ſowie dasjenige des Stadtgerichts vom 25. Januar ej. a., wie hiermit geſchieht, dahin resp. zu confirmiren und abzuändern ſei:

daß der Beklagte für ſchuldig zu erkennen, den wider ihn eingeklagten Geſammtbetrag von fl. 972. 38 kr. nebſt Verzugszinſen zu 5 pCt. und zwar von fl. 837. 38 kr. vom Tage der Inſinuation der Klage, dem 14. November 1853, und von fl. 135 vom Tage der Inſinuation des Nachtrags zur Klage, dem 18. November 1853, und den in erſter Inſtanz aufgelaufenen Prozeßkoſten den Klägern zu zahlen; er könnte und wollte denn binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Friſt den Klägern, Gegenbeweis vorbehältlich, beweiſen:

daß bei der am Abend des 9. Auguſt 1853 zwiſchen ihm, dem Beklagten, und dem damals für die Kläger handelnden Siegmund Doctor Statt gehabten, auf die fraglichen 15¼ Looſe zur 4ten Claſſe der 124ſten Frankfurter Lotterie ſich beziehenden Unterredung der Letztere auf ſein, des Beklagten, nochmals geſtelltes Verlangen der Lieferung jener Looſe erklärt habe, die Kläger wären in Folge ihrerſeits geſchehener Verheuerung jener Looſe nicht mehr im Stande, ihm dieſelben zu liefern.

Und wird nunmehr die Sache, unter Compenſation der Koſten dieſer und der vorigen Inſtanz, an das Stadtgericht zum weiteren Verfahren zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die Partheien ſind über das zwiſchen ihnen beſtehende Rechnungsverhältniß, mit alleiniger Ausnahme der auf die 15¼ Looſe zur 4ten Claſſe der 124ſten Frankfurter Lotterie ſich beziehenden Poſten, einig. Sollten die hierauf gerichteten monita des Beklagten hinwegfallen, ſo würde derſelbe dem Klage-Antrage der Kläger gemäß in den Belauf von fl. 972. 38 kr. zu verurtheilen ſein; im entgegengeſetzten Falle, wenn der Beklagte mit jenen Poſten durchdringen ſollte, würde er einen Saldo von circa fl. 100 an die Kläger zu fordern haben, wegen deſſen der Beklagte indeſſen im gegenwärtigen Prozeſſe keine Anträge geſtellt hat.

Nun beruhen jene monita ſämmtlich auf einer und derſelben Baſis und die gegenwärtig über dieſelben abzugebende Entſcheidung hängt von der Beantwortung der folgenden Fragen ab:

1) ob jene monita in erſter Inſtanz auf prozeſſualiſch zuläſſige Weiſe vorgebracht worden, oder ob ſie, wie vom Stadtgerichte angenommen, als verſpätet unberückſichtigt zu laſſen ſind;

2) ob die von den Klägern behauptete, von Seiten des Beklagten am Abend des 9. Auguſt 1853 an ſie geſchehene Verheuerung der 15¼ Looſe rechtsbeſtändig geweſen, oder ob, und unter welchen Vorausſetzungen die beklagtiſche Anfechtung jenes Geſchäftes für begründet zu achten iſt;

3) ob die Behauptung der Kläger begründet iſt, daß der Beklagte um die Zeit jenes Heuergeſchäftes überhaupt keine Rechte mehr auf die 15¼ Looſe beſeſſen habe, ſo daß alſo, ſelbſt wenn das Heuergeſchäft hinwegfiele, der Beklagte nicht befugt ſein würde, die in Rede ſtehenden monita geltend zu machen?

Nun konnte:

ad 1) die erſte der vorſtehenden Fragen anlangend, nicht mit dem Beklagten angenommen werden, daß ihm hier Rechtskraft des appellationsgerichtlichen Erkenntniſſes inſofern zur Seite ſtehe, daß auf das auch in gegenwärtiger Inſtanz von den Klägern in deren Vernehmlaſſung für ſich geltend gemachte Argument des verſpäteten Vorbringens nicht mehr eingegangen werden dürfe. Denn, wenn auch die Kläger gegen das Erkenntniß der zweiten Inſtanz, welches in Betreff des prozeſſualiſchen Punktes gegen ſie, in Beziehung auf das Streitverhältniß ſelbſt für ſie erkannt hat, kein Rechtsmittel ergriffen haben, ſo kann dennoch eine ihnen entgegenſtehende rechtskräftige Erledigung jenes erſteren Gegenſtandes nicht angenommen werden. Es liegt nämlich keine Entſcheidung über einen von dem noch ſtreitig gebliebenen Gegenſtande trennbaren, und mithin ſeparat zu behandelnden Punkt, ſondern nur eine Unterentſcheidung des, ſchließlich den Anträgen der Kläger völlig entſprechenden Deciſums vor. Gegen ein ſolches Deciſum konnten nun aber die Kläger überhaupt nicht appelliren, und geſetzt, jene Unterentſcheidung wäre unhaltbar, ſo würde ihnen hieraus kein Nachtheil erwachſen dürfen, ſobald das vorläufig feſtgeſtellte finale Reſultat durch eine Appellation der Gegenparten wiederum in Frage geſtellt worden war. Es mußte mithin auf eine Beurtheilung des hier berührten Punktes in gegenwärtiger Inſtanz eingegangen werden.

Nun war aber den vorigen Urtheilsverfaſſern darin beizutreten, daß der Beklagten keine Verſpätung in Betreff des in Rede ſtehenden Vorbringens vorzuwerfen ſei. Die Klage hatte weſentlich nur die in einzelnen Poſitionen und Zahlenangabe ausgedrückte Darlegung des zwiſchen den Partheien vorgekommenen Rechnungsumſatzes enthalten, aus welcher dann die ſchließliche Saldoforderung der Kläger ſich ergab. Hierauf genügte eine Monitur in derjenigen Weiſe, wie ſie ſich in den Exceptionen findet. — Die nähere factiſche

Subſtanziirung der ſich hiernach als ſtreitig herausſtellenden Poſten iſt dann erſt in der Replik vorgetragen, und hierauf erfolgte ordnungsmäßig und früh genug in der Duplik die beklagtiſche Entgegnung — weſentlich in der Einrede der Nichtigkeit des Heuergeſchäftes beſtehend. — Hierauf hätte die erſte Inſtanz den Klägern eine Triplik zu verſtatten gehabt, anſtatt ſofort in der Sache ſelbſt zu erkennen; welche Unterlaſſung gleichwohl für die höheren Inſtanzen durch den vom Appellationsgerichte angeordneten Schriftwechſel im Weſentlichen ausgeglichen worden iſt.

Abgeſehen vom Vorſtehenden würde hier zu Gunſten des Beklagten darauf Rückſicht zu nehmen ſein, daß die Kläger bei Gelegenheit ihrer Klagſtellung andere Trefferloſe, als die wirklich zwiſchen ihnen und dem Beklagten ſtreitigen, als ſolche bezeichnet haben, auf welche es ankomme (nämlich ſtatt der Poſten 6 und 7 von fl. 880 und fl. 9 — die Poſten 10 und 11 von fl. 525 und fl. 315).

Demnach war der Appellationsgerichts-Entſcheidung in Betreff des vorſtehend berührten Punktes beizutreten.

Anlangend dagegen

ad 2) die Frage, ob die Einwendungen, welche der Beklagte der von den Klägern für ſich geltend gemachten Heuerung der fraglichen 15¼ Looſe entgegengeſetzt hat, ſowie vom Appellationsgerichte geſchehen, ohne Weiteres verworfen werden durften, ſo war dieſelbe abweichend von der zweiten Inſtanz zu beantworten.

Zwar kommt es auf den Unterſchied, welchem der Beklagte beſondere Bedeutung beilegt, ob die Looſe den Klägern in ſolcher Weiſe verheuert worden, daß ſie, die Kläger, ſelbſt die in der 4ten Claſſe Spielenden geweſen ſeien, oder ob die Kläger die gegen einen gewiſſen, jedenfalls von *ihnen* dem Beklagten zu zahlenden Heuerlohn für jene Claſſe übernommenen Looſe auch anderweitig hätten verwenden, alſo ihrerſeits wiederum in Verheuerung geben dürfen, nicht an, da, wie von den Klägern richtig ausgeführt worden, der Umſtand, wer ſchließlich bei der Entſcheidung der 4ten Claſſe Intereſſent der resp. Looſe geweſen oder geworden ſein würde, als irrelevant betrachtet werden muß. Dagegen würde es von Erheblichkeit ſein, wenn, wie der Beklagte behauptet, die Kläger — in der Perſon

des für sie handelnden Siegmund Doctor — durch wahrheitswidrige Angaben ihn zur Eingehung des Heuergeschäftes, möchten nun die Kläger die Loose mit dem Rechte, oder ohne das Recht der Weiterverheuerung für die in Rede stehende 4te Classe erworben haben, veranlaßt haben sollten.

Dieß letztere würde angenommen werden müssen, wenn bei dem im Uebrigen von beiden Theilen übereinstimmend dargestellten Hergange am Abend des 9. August 1853 auch der vom Beklagten angegebene Umstand Statt gefunden haben sollte, daß auf sein, des Beklagten, wiederholt gestelltes Verlangen der Lieferung der 15¼ Loose der genannte Siegmund Doctor erklärt habe, er oder die Kläger seien zu jener Lieferung überhaupt nicht mehr im Stande, da sie bereits anderweitig über die Loose durch Verheuerung disponirt hätten. Insofern eine Mittheilung dieser Art, wenn nicht in Betreff sämmtlicher 15¼ Loose, doch jedenfalls in Beziehung auf die hier allein in Betracht kommenden, demnächst mit den Treffern von netto fl. 880 und fl. 9 gezogenen Loose, wissentlich unwahr gewesen sein würde, und da, den Umständen nach, nicht bezweifelt werden kann, daß dieselbe wesentlichen Einfluß auf die endliche Aufgebung des Lieferungsverlangens und auf die Eingehung des Heuergeschäfts von Seiten des Beklagten ausgeübt habe, so mußte die Entscheidung des hier in Rede stehenden Punktes von dem vorhin berührten Umstande abhängig gemacht werden.

Zweifelhaft war hierbei nur, ob nicht schon ein genügendes Geständniß der fraglichen Aeußerung des Siegmund Doctor in den Acten liege. Indessen, wenn auch an mehreren Stellen der klägerischen Ausführungen Aeußerungen vorkommen, welche auf ein Zugeständniß der betreffenden Art hinzudeuten scheinen, so sind dieselben doch nicht bestimmt und direct genug, um hier sofort zu Gunsten des Beklagten benutzt werden zu können, welchem vielmehr Beweisführung aufzulegen war, wobei es ihm selbstverständlich freistehen wird, auf die bereits in den Acten liegenden Momente mit zu recurriren.

Daß für den Fall, wenn das Heuergeschäft als beseitigt anzunehmen sein sollte, dem Beklagten das Ergebniß der individuellen Loose, um welche es sich handelte, also die Gewinne von netto

fl. 880 und fl. 9 zukommen müßten, kann — abgeſehen von den demnächſt zu berührenden Erwägungen — keinem Bedenken unterliegen. — Nun mußte aber

ad 3) angenommen werden, daß der Beklagte ſich im Rechte befand, als er noch am 9. Auguſt 1853 — wenngleich am Vorabend der Ziehung zur 4ten Claſſe — die in Rede ſtehenden 15¼ Looſe von den Klägern forderte.

Die zwiſchen den Partheien Statt gehabten Geſchäftsbedingungen ſind von beiden Theilen übereinſtimmend angegeben worden. Der Beklagte hatte zufolge derſelben zu zahlen die Einſätze zur 1ſten Claſſe „vor Empfang der Looſe zur 3ten Claſſe," die Einſätze zur 2ten Claſſe „vor Empfang der Looſe zur 4ten Claſſe," um welche letztere es ſich im vorliegenden Falle handelt. Nun haben freilich die Kläger angegeben, auch iſt dieß von dem Beklagten nicht beſtritten worden, daß ordentlicher Weiſe die Zahlung alsbald nach der Ziehung der resp. vorangehenden Claſſe habe geſchehen müſſen, indeſſen hierauf kommt es deßhalb nicht an, weil — wenn auch etwa an ſich ein präcluſiviſcher Zeitpunkt beſtanden haben ſollte — von beiden Theilen übereinſtimmend angegeben worden iſt, daß freilich der Beklagte am 26. oder 27. Juli fl. 480. 52 kr. gegen Empfang von 6⅓ Looſen 4ter Claſſe zu zahlen gehabt hätte, daß aber die Kläger ſich damit einverſtanden erklärt haben, daß der Beklagte ſofort nur fl. 210. 52 kr. zahle, und hierfür circa 20 Looſe erhalte, dagegen für die reſtirenden fl. 270 — gegen welche dann noch 15¼ Looſe validirten — Friſt erhalte. Der Beklagte gibt an, die Friſt ſei bis „vor Ziehung der 4ten Claſſe" bewilligt; die Kläger behaupten dagegen, der Beklagte habe die 15¼ Looſe durch die fl. 270 „baldigſt" einlöſen ſollen. Da nun aber nur dann ein Verwirktwerden des beklagtiſchen Rechtes hier hätte eintreten können, wenn daſſelbe bei der im Uebrigen vereinbarten Befriſtung an einen beſtimmten Zeitpunkt geknüpft worden wäre, eine ſolche Feſtſtellung aber von den Klägern nicht behauptet iſt, ſo iſt unbedenklich anzunehmen, daß der Beklagte auch noch Tags vor der Ziehung (am 9. Auguſt) berechtigt war, Lieferung der Looſe zu fordern. Hierbei iſt noch der repliciariſchen Anführung der Kläger Erwähnung zu thun, daß bei den am 9. Auguſt Statt gehabten Verhandlungen

Anfangs von ihrer Seite ein Kauf der Looſe in Vorſchlag gebracht, auch von dem Beklagten gutgeheißen worden ſei. Allein, da das hierauf bezügliche Vorbringen nicht genügend ſubſtanzirt worden iſt, auch die Kläger jenes angeblichen Geſchäftes, als eines perfect gewordenen, ſpäter wenigſtens nicht inſofern Erwähnung gethan haben, daß ſie beantragt hätten, eventuell auf ſelbiges, als auf die dann anzunehmende Baſis des Verhältniſſes zurückzugehen und die geſammte ſpätere Rechnungs-Aufſtellung einer weſentlichen Umformung zu unterziehen, ſo mußte von jener Anführung abgeſehen werden.

Als das Ergebniß der im Obigen dargelegten Beurtheilung der ſtreitigen Punkte ſtellt ſich eine bedingte Condemnation des Beklagten heraus, abhängig zu machen von der Führung oder Nichtführung des im Erkenntniſſe normirten Beweiſes, wobei die Compenſation der Koſten der beiden höheren Inſtanzen ſich von ſelbſt verſtand.

80.

Ludwig Carl Kahl, Kläger, Widerbeklagter gegen **Johanna Maria Gertraude,** geb. Wunderlich, verehelicht geweſene Pfefferkorn, jetzt geſchiedene Kahl, Beklagte, Widerklägerin, Auseinanderſetzung der Vermögens-Verhältniſſe jetzt geführte Beweiſe betreffend.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Januar 1856.

I. Die erſte Beſchwerde des Klägers betrifft den ihm auferlegten Beweis:

> daß er den baaren Betrag von fl. 1500, oder wieviel weniger in die Ehe mit der Beklagten eingebracht habe.

Er hat dieſen Beweis angetreten bis zum Betrage von fl. 493. 51 kr. durch eine quittirte Anweiſung des Handlungshauſes Johann Ludwig Finck vom 26. Juni 1823, wonach er einen Wechſel auf Braunſchweig von dieſem Betrage bezahlt, und durch die Nachweiſung, daß die Handlung J. D. Pfefferkorn am 27. Juni 1823 eine Rimeſſe von demſelben Betrage an Wrede in Braunſchweig gemacht hat. Beide Thatſachen ſtehen durch die eingelöſete Anweiſung, nachdem dieſelbe von den früheren und dem gegenwärtigen Inhaber der Firma J. L. Finck als echt anerkannt iſt und durch Production des Contocorrentbuches als erwieſen feſt.

Auch läßt ſich dem Stadtgerichte nicht beitreten, wenn es den Beweis deßhalb für ganz verfehlt erklärt, weil nicht nachgewieſen ſei, daß der vom Kläger von J. L. Finck gekaufte Wechſel mit der von der Handlung der Beklagten an Wrede in Braunſchweig gemachten Rimeſſe identiſch ſei.

Denn erwägt man die drei Umſtände, daß

1) der Wechſel in der Anweiſung als ein Wechſel auf Braunſchweig bezeichnet iſt;

2) daß die Valuta die gleiche iſt, und

3) daß der Wechſel am 26. Juni gekauft, die Rimeſſe Tags darauf am 27. Juni gemacht iſt, ſo ſtellt ſich die Identität beider Wechſel mindeſtens als höchſt wahrſcheinlich dar.

Allein die Hauptfrage bleibt, ob der Kläger den Wechſel mit ſeinem eigenen Gelde erkauft und durch Hingabe deſſelben an die Handlung der Beklagten eine Forderung von gleichem Betrage an dieſe erworben habe, die er dann als Activum in die Ehe inferirt; und hiergegen ſtreiten ſo erhebliche Gründe, daß der Beweis mit den vorigen Richtern für nicht bis zur Hälfte geführt gelten kann.

Zunächſt

1) kommt in Betracht, daß in den Ehepacten von gar keinem Einbringen des Klägers in die Ehe mit der Beklagten die Rede iſt;

2) trotz allen Proteſtationen des Klägers kann namentlich nach demjenigen, was bei Gelegenheit des unter II. zu erörternden Beweiſes zu den Acten gekommen iſt, unbedenklich als erwieſen angenommen werden, daß der Kläger ſchon mehrere Monate vor ſeiner Verehelichung mit der Beklagten, in deren Hauſe er ſchon ſeit dem Jahre 1822 wohnte und mit der er ſich im Mai 1823 verlobte, in dem Geſchäfte ihrer Samenhandlung, ohne Zweifel, um ſich mit dieſem Handel, den er künftig leiten ſollte, vertraut zu machen, in ſehr umfaſſender Weiſe thätig geweſen iſt, und namentlich ſchon zu der Zeit, in welche der Ankauf des fraglichen Wechſels fällt. Denn ſchon von dieſer Zeit rühren die Eintragungen in das Contocorrentbuch und das Einnahmebuch von ihm her, faſt alle zu den Acten gekommenen, vom April bis zum December 1823 bei der Handlung J. D. Pfefferkorn eingegangenen Briefe ſind von ihm ſignirt und, wie er in dieſer Inſtanz einräumt, wenngleich angeblich nach der ihm von der Beklagten gegebenen Inſtruction, beantwortet worden. Und wenn er, was namentlich die Eintragungen in die Bücher betrifft, vorgibt, daß dieſelben erſt ſämmtlich nach ſeiner Verheirathung Statt gefunden hätten, ſo kann auf dieſe höchſt unwahrſcheinliche, völlig unerwieſene Behauptung nichts gegeben werden, ſowie überhaupt das ganze Vorgeben der untergeordneten und nur fragmentariſchen Thätigkeit, welche er bis zu ſeiner Verheirathung in dem Geſchäft der Beklagten geübt haben will, ſich ſchwer

damit vereinigen läßt, daß ſchon in einem Briefe vom 23. Auguſt 1823 die Beklagte ihn auswärtigen Handlungsfreunden als ihren künftigen Ehemann vorgeſtellt und gebeten hat, von ſeiner Unterſchrift Kenntniß zu nehmen;

3) der Wechſel, auf den es hier ankommt, iſt nicht etwa vom Kläger für ſich angekauft und demnächſt der Beklagten zum Zwecke einer zu machenden Rimeſſe überlaſſen worden, ſondern der vom Kläger ſelbſt producirte Buchauszug läßt gar keinem Zweifel darüber Raum, daß der Wechſel für das Geſchäft, welches der Kläger als damals verlobter Bräutigam der Beklagten beſorgte, negociirt worden iſt. Denn nach dieſem Buchauszuge hat er dazu gedient, den Conto des Braunſchweiger Gläubigers Wrede vollſtändig auszugleichen. Hat der Kläger aber den Wechſel für die Handlung negociirt, ſo ſtreitet auch die Vermuthung dafür, daß er ihn aus deren Caſſe bezahlt habe, und der Umſtand, daß die Handlung J. D. Finck, von der er den Wechſel gekauft, die Anweiſung über die zu zahlende Valuta auf ſeinen Namen geſtellt hat, iſt dagegen von geringer Bedeutung, weil es ſich vollſtändig daraus erklärt, daß der Kläger bei Negociirung des Wechſels nicht ausdrücklich angegeben hatte, es geſchehe für die Handlung, deren Geſchäfte er beſorgte;

4) die überdieß erſt in dieſer Inſtanz aufgeſtellte Behauptung des Klägers, daß er den Wechſel mit ſeinem eigenen Gelde bezahlt habe und damals mit der Beklagten übereingekommen ſei, daß die Valuta ihm nicht erſtattet werden, ſondern als in die Ehe inferirt gelten ſolle, iſt nicht nur unerwieſen, ſondern hat die Wahrſcheinlichkeit gegen ſich. Sie ließe ſich hören, wenn der Ankauf des Wechſels unmittelbar oder kurze Zeit vor der Verehelichung Statt gefunden hätte. Allein es iſt faſt ein halbes Jahr vorher geſchehen, und laut der Buchauszüge hat die Handlung der Beklagten ſpäter wirklich vielfach Zahlungen durch Wechſel und Baarſendung geleiſtet:

Nr. 123 erſter Poſten im Soll,
„ 124 „ „ „ „
„ 127 die drei erſten Poſten im Soll,
„ 131 erſter Poſten im Soll.

Ueberdieß führt der Kläger ſelbſt an, daß nach ſeiner Verlobung durch den Widerſpruch der Eltern der Beklagten ſich ihrer Verehe-

lichung Hinderniſſe entgegengeſtellt hätten, die erſt wenige Wochen vor ihrer Copulation gehoben worden ſeien. Unter dieſen Umſtänden hat es Alles gegen ſich, daß die Valuta des fraglichen Wechſels damals zur Zeit ſeiner Negociirung von den Partheien als Illatum des Klägers behandelt worden ſei.

Daß endlich

5) die quittirte Anweiſung ſich in den Händen des Klägers befindet, hat, wenn man davon ausgeht, daß das ganze Geſchäft von ihm für die Handlung gemacht worden, gar nichts Auffallendes, da Kläger ja im Beſitz faſt aller Handlungspapiere geblieben iſt, zu denen die eingelöſete Anweiſung gehörte.

Unter dieſen Umſtänden kann von einem Erfüllungseide des Klägers nicht füglich die Rede ſein, und da er darüber, daß auf den eventuell deferirten Eid und nicht auf den Reinigungseid erkannt ſei, ſich nicht beſchwert hat, ſo war es bei erſterem zu belaſſen.

II. Die zweite Beſchwerde des Klägers betrifft den ihm obliegenden Beweis,

> daß auf dem von der Beklagten eingebrachten Vermögen die in Nr. 36 Act. verzeichneten Schulden von fl. 2091. 39 kr. oder wieviel weniger gehaftet haben.

A. Dieſen Beweis nun hat der Kläger, abgeſehen von dem mit der Klage übergebenen, von Friedleben als richtig atteſtirten Schuldverzeichniſſe, welches dem Verzeichniſſe Nr. 36 gegenüber natürlich nicht weiter in Betracht kommt und jedenfalls nicht mehr beweiſt als dieſes, lediglich durch ein mit dieſem letzteren, ſchon vor dem Beweisinterlocute zu den Acten gekommenen Auszuge aus dem Contocorrentbuche völlig gleichlautenden Creditoren-Verzeichniſſe angetreten.

Nun kommt aber in Betracht, daß die Schuldpoſten, welche es befaßt, größtentheils für Waarenſendungen validiren, welche in den letzten drei Monaten vor der Verehelichung der Partheien an die Handlung der Beklagten gemacht ſind. Der Kläger hätte ſeinen Beweis alſo auch auf das Factum richten müſſen, daß die Waaren, für welche die betreffenden Beträge geſchuldet wurden, ganz oder theilweiſe ſchon vor der Verehelichung verkauft und das Geld dafür eingegangen und wieder verausgabt geweſen ſei. Denn nur

unter dieſer Vorausſetzung würde der Beweis geführt ſein, daß dieſe Schulden auf dem von der Beklagten in die Ehe inferirten Vermögen gehaftet, daß dieſes Vermögen um den Betrag dieſer Schulden geringer geweſen ſei, als es angegeben worden, und ſelbſt dann bliebe es immer ungewiß, ob durch Bezahlung dieſer Schulden während der Ehe eine Verringerung des Vermögens der Beklagten, eine Verrungenſchaft eingetreten wäre.

Man kann es aber ganz dahingeſtellt ſein laſſen, inwieweit der dem Kläger obliegende Beweis durch jenes Schuldenverzeichniß allein geführt und von dem Stadtgerichte für erbracht erklärt ſei. Denn es ſtehen dem Beweiſe des Klägers

B. folgende Gegenbeweisgründe entgegen:

1) Er hat unter dem Anhange zu den Ehepacten vom 2. December 1823, welcher auch eine kurze Specification des in der Sameuhandlung J. D. Pfefferkorn ſteckenden Theils des Vermögens der Beklagten enthält, ausdrücklich anerkannt, daß er die dort verzeichneten Gegenſtände, nach welchen das inferirte Vermögen der Beklagten zu fl. — — angegeben war, richtig vorgefunden habe. Der Kläger will dieſes Verzeichniß zwar ſelbſt geſchrieben, die in demſelben enthaltenen, von anderer Hand eingefüllten Zahlenangaben aber nicht näher geprüft, ſondern auf Treu und Glauben als richtig angenommen haben. Allein es bedarf keiner Ausführung, daß namentlich ein Geſchäftsmann wie der Kläger mit einem ſolchen Vorgeben nicht gehört werden kann. Vielmehr iſt es klar, daß er jenem ſeinem Anerkenntniß gegenüber mit der Behauptung, daß das Einbringen der Beklagten wegen auf demſelben gehaftet habender Schulden weniger als fl. — — betragen habe, nur dann gehört werden kann, wenn er nachweiſt, daß ihm jene Schulden damals unbekannt geweſen ſeien.

Nun aber hat

2) die Beklagte, wie oben sub I. gezeigt iſt, nachgewieſen, daß der Kläger ſchon während mehrerer Monate vor ſeiner Verehelichung mit der Beklagten deren Handlungsgeſchäfte in umfaſſender Weiſe geführt, daß er alle Handlungsbücher unter Händen und die Eintragungen darin wahrgenommen, daß er namentlich ſämmtliche Schreiben und Facturen der auswärtigen Handlungen, welche ſich

auf die in Nr. 36 enthaltenen Schuldposten beziehen, gekannt, erstere beantwortet und den Betrag der letzteren in das Contocorrentbuch eingetragen hat. Hiernach ist es mindestens im hohen Grade wahrscheinlich, daß er, welcher bei Brentano & Meyer als Cassirer und Buchhalter fungirt hat, die Rechnungsverhältnisse zu den in Nr. 36 aufgeführten Creditoren genau gekannt und richtig beurtheilt habe.

Hiernach hat es

3) Alles für sich, daß bei Aufstellung des in der Handlung steckenden Theils des eingebrachten Vermögens der Beklagten, ebenso wie dieß bei den Immobilien geschehen, die Handlungsschulden vorweg in Abzug gebracht sind. Einmal schon deßhalb, weil es wohl keine Handlung gibt, die zu irgend einem Zeitpunkte ganz ohne alle Creditoren ist. Sodann aber spricht nach dem, was die Beklagte beigebracht hat, sehr viel dafür, daß die Waaren, deren Factura-Beträge in Nr. 36 enthalten sind, und welche bis auf fl. 509 aus den Monaten September, October und November 1823 herrühren, größtentheils noch zur Zeit der geschlossenen Ehepacten vorhanden waren und daher die darauf haftenden Schulden bei der Berechnung des damaligen Vermögens der Beklagten ganz außer Ansatz geblieben, oder doch, insofern sie die noch vorhandenen Waaren überstiegen, vorweg in Abzug gebracht sind.

Denn die Handlung J. D. Pfefferkorn war, wie sich aus Allem ergibt, eine solche, welche Sämereien und Blumenzwiebeln im Großen von auswärts verschrieb, um sie en detail in Frankfurt und der Umgegend wieder zu verkaufen. Der Bezug dieser Waaren von auswärts geschah immer vorzugsweise im Herbste nach der Ernte, der Wiederverkauf der Sämereien im Kleinen erst im folgenden Jahre vor und in der Saatzeit. Dieß folgt schon aus der Natur der Verhältnisse und ist theils vom Kläger anerkannt, indem er im Beweisverfahren selbst behauptet hat, was er freilich in dieser Instanz zu bestreiten wagt, daß die Hauptabsatzzeit für Sämereien das Frühjahr sei, theils von der Beklagten durch die vom Kläger als richtig anerkannten Auszüge aus dem Contocorrentbuche und Zusammenstellung aus dem Einnahmebuche nachgewiesen, aus welchem letzteren hervorgeht, daß die baare Einnahme in den Monaten Februar

bis Mai im Jahre 1823 $^4/_7$, im Jahre 1824 beinahe die Hälfte der ganzen Jahres-Einnahme betragen habe. Und nur so viel kann man dem Kläger zugeben, daß dieß bei den Blumenzwiebeln eine Ausnahme leidet.

Nimmt man nun hinzu, daß der Kläger selbst die im Anhange zu den Ehepacten zum Werthe von fl. 800 aufgeführten Samenvorräthe als vermischt, alt und ohne Keimkraft, also unverkäuflich, bezeichnet, aber nicht behauptet und nachgewiesen hat, daß außer den in Nr. 36 aufgeführten Sendungen später nach seiner Verehelichung bis zum nächsten Frühjahr noch weitere eingegangen seien, so erklärt sich der bedeutende Verkauf in den Monaten Februar bis Mai 1824 nur aus der Annahme, daß jene im Herbste bezogenen Sämereien damals noch vorräthig waren.

Der Einwand des Klägers, daß dieser von der Beklagten versuchte Nachweis gar nicht berücksichtigt werden dürfe, weil es der Beweis einer erst im Beweisverfahren geltend gemachten Einrede sei, der ihr nicht nachgelassen worden, ist ein völlig unbegründeter. Denn da dieser Beweis lediglich auf das Gegentheil dessen gerichtet ist, was der Kläger seinerseits, um den ihm auferlegten Beweis zu führen, nach dem Obigen hätte nachweisen müssen, so ist es unverkennbar ein direkter Gegenbeweis.

Freilich möchte es hiernach scheinen, als hätte der Beklagten einfach ein Reinigungseid über die Negative des Beweissatzes auferlegt werden müssen. Allein wo bei einem künstlichen Gegenbeweise dieser auf eine Thatsache gerichtet worden ist, die, wenn erwiesen, das Ergebniß des Beweises vollständig zu zerstören geeignet ist, da ist es auch statthaft, den dem Gegenbeweisführer aufzulegenden Eid speciell auf diese Thatsache zu stellen. Und da dieß das Stadtgericht im vorliegenden Falle gethan, so war es auch dem entsprechend, ihn als Erfüllungseid zu bezeichnen.

III. Die Verwerflichkeit der dritten Beschwerde des Klägers endlich, welche sich auf den der Beklagten obliegenden Beweis des Werths der Nummern 6 und 7 des Inventars — Nr. 33 act. bezieht, liegt auf flacher Hand.

Wenn nämlich Kläger

A. es rügt, daß das Stadtgericht eine Drittelung vorgenommen habe, und principaliter verlangt, daß das übereinstimmende Majoritäts-Gutachten der zwei Schätzer, Belschner und Hartmann, als entscheidend angenommen werde, so steht dieses Verlangen im Widerspruch mit dem bei abweichenden Schätzungen mehrerer Taxatoren in der Praxis ganz ausgemachten Verfahren, nach welchem, wie vom Stadtgerichte geschehen, die Summen der verschiedenen Sachverständigen zusammengerechnet und mit der Zahl der Schätzer getheilt werden,

Gönner, Handb. II. Seite 450.
Klaproth, ord. Proz. § 311.
Linde, Lehrbuch, § 299.

ein Verfahren, welches auch in Frankfurt bei Expropriationen ausdrücklich sanctionirt worden ist;

Gesetz vom 22. Juni 1847, § 23. (Ges.-Samml. VIII. Seite 207.)

und auch bereits vom Ober-Appellationsgericht in anderen als Expropriationssachen als das richtige anerkannt ist.

von Rothschild ca. Burnitz 1851. *)
Wittwe Nagel ca. Stadtkämmerei von 1853. **)

B. Der eventuelle Antrag, eine neue Schätzung durch andere Sachverständige anzuordnen, ist ebenfalls unbegründet.

Derselbe wäre nur dann gegründet, wenn die Schätzung im vorliegenden Falle auf einer oder der andern Seite von der Art wäre, daß sie sich nur aus Unfähigkeit oder Irrthum oder Befangenheit erklären ließe, wie dahin das Ober-Appellationsgericht wiederholt sich ausgesprochen hat.

Bender, Handb. des Proz., Seite 202, Note 2 und 3.
Wittwe Nagel ca. Stadtkämmerei 1853. ***)

---

*) Siehe Seite 333.
**) Siehe Seite 334.
***) Siehe Seite 334.

Dieſe Vorausſetzungen nun aber ſind in dem vorliegenden Falle vom Kläger nicht einmal behauptet und in keiner Weiſe indicirt, indem die allerdings große Verſchiedenheit der Schätzungen nur darauf beruht, daß die Sachverſtändigen Belſchner und Hartmann den Werth in's Auge gefaßt haben, den die Gegenſtände im Trödel haben würden, der Sachverſtändige Müller als Tiſchler dagegen von dem urſprünglichen Anfertigungspreiſe ausgegangen zu ſein ſcheint. Grade hier iſt alſo, wie das Appellationsgericht mit Recht bemerkt, die Ziehung des Durchſchnittspreiſes ganz an ſeinem Platze.

War ſomit bei der Verwerflichkeit ſämmtlicher Beſchwerden das vorige Erkenntniß zu beſtätigen, ſo mußte der Kläger auch in die Koſten dieſer Inſtanz verurtheilt werden.

Auszug aus den Seite 332 angezogenen Entſcheidungsgründen in Sachen:

a. Burnitz ca. von Rothſchild 1851.

Wie bedenklich es daher auch immer erſcheinen mag, in Bezug auf ſämmtliche Poſten der klägeriſchen Rechnungen eine richterliche Feſtſetzung der einzelnen Beträge, für welche das Gutachten der Sachverſtändigen nur als Anhaltspunkt und Material einigermaaßen in Betracht zu ziehen wäre, eintreten zu laſſen, und nicht vielmehr bei denjenigen Poſten, bei welchen das gewöhnliche Verfahren einer Beweisführung durch ſachverſtändige Taxatoren ſich anwenden ließe, eine ſolche als erforderlich zu betrachten, ſo ſteht gleichwohl durch das Einverſtändniß beider Partheien die Richtigkeit des von dem Stadtgericht, ſowie in dem zweiten Erkenntniß eingeſchlagenen Weges vollkommen feſt. Es ſind daher bei der gegenwärtigen Beurtheilung nicht die Grundſätze über Beweisführung durch ſachverſtändige Taxatoren und die Erforderniſſe der Gutachten ſolcher Taxatoren als maaßgebend zu betrachten, ſondern es muß dem vernünftigen Ermeſſen des Richters überlaſſen bleiben, inwiefern er die hier vorliegenden Gutachten für genügend und brauchbar erachten will, um unter deren Berückſichtigung und Benutzung die eigene

Taxation vorzunehmen. Es handelt ſich alſo derzeit nicht um einen Ausſpruch über das Reſultat einer Beweisführung, ſondern um eine ſelbſtſtändige Officialtaxation.

Aus dem Vorſtehenden ergibt ſich, daß das Verfahren des Stadtgerichts, welches das Gutachten des beklagtiſchen Sachverſtändigen bei Seite geſetzt, und das der beiden anderen Sachverſtändigen bei der Feſtſetzung des Betrags der klägeriſchen Forderung auf die volle Summe zum Grunde gelegt hat, inſofern nur letzteres dazu geeignet iſt, gerechtfertigt erſcheint. Zwar würde ein ſolches Verfahren, wenn es ſich hier um eine Beweisführung durch ſachverſtändige Taxatoren handelte, verwerflich erſcheinen, indem es hier nothwendig würde, den Sachverſtändigen des Beklagten von Amtswegen zur Angabe der beſtimmten Summe, um welche die Forderung des Klägers ſeiner Meinung nach überſetzt ſei, anzuhalten,

Heiner ca. Cüntzer 1839,

und ſodann den Betrag der Forderungen auf die Durchſchnittsſummen aus der Taxe der drei Sachverſtändigen feſtzuſetzen.

Taunus-Eiſenbahn-Geſellſchaft ca. von Wieſenhütten 1843.

Allein bei einem Verfahren der vorliegenden Art iſt der Richter wohl befugt, die übereinſtimmende motivirte Schätzung zweier Sachverſtändigen auf beſtimmte Summen allein zu befolgen und den in ſchwankender Weiſe ausgeſprochenen Diſſens des dritten Sachverſtändigen nicht zu beachten ꝛc.

b. Nagel Wittwe ca. Stadtkämmerei 1853.

Ebenſo wenig iſt es aber

2) ſtattnehmig, daß der Richter in einem Falle, wo der Beweis durch ſachverſtändige Taxatoren geführt ward, wo es ſich alſo nicht um Beurtheilung eines Gutachtens von Sachverſtändigen als Gehülfen des Richters, ſondern um die Beurtheilung eines von den Partheien ausgegangenen Beweismittels handelt, denjenigen Taxen den Vorzug gebe, welche ihm auf die beſſeren Gründe geſtützt zu

ſein ſcheinen. Vielmehr hat derſelbe in einem ſolchen Falle, wie das Ober-Appellationsgericht ſchon früher erkannt hat,

v. Rothſchild ca. Burnitz, 30. Juni 1851,

der Regel nach die Durchſchnittsſumme aus den verſchiedenen Taxationen als den wahren Sachwerth anzuſehen. — — — — Wohl aber muß eine Ausnahme von der obgedachten Regel alsdann zugelaſſen werden, wenn aus der großen Verſchiedenheit der von den Taxatoren angegebenen Preiſe ſich mit überwiegender Wahrſcheinlichkeit ergibt, daß eine derſelben auf Irrthum, mangelnder Sachkenntniß oder Befangenheit beruhen müſſe. In einem derartigen Falle iſt nicht das eine oder das andere der Gutachten zur Baſis der Beurtheilung zu nehmen, ſondern die ganze Taxation bei Seite zu ſetzen und an deren Stelle eine neue zu verfügen, wie ſolches auch von dem Ober-Appellationsgerichte ſchon früher

Taunus-Eiſenbahn ca. v. Holzhauſen, 17. Juli 1843,

erkannt worden iſt.

81.

Johann Jacob Friedrich Heimbrecht als Teſtamentsvollſtrecker von weiland **Johann Joachim Jürgen Teſchau,** Kläger gegen **Johann Albert Varrentrapp,** als General-Agenten der Medical Invalid and General Life Assurance-Society in London, Beklagten, eine Verſicherungsforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts L.

vom 29. November 1854.

In Erwägung, daß

1) Beklagter eingeräumt hat, daß die Verſicherungsſumme in der betreffenden Police auf Thlr. 4000 im 14 Thaler-Fuße ausgedrückt ſei, daß

2) die preußiſchen Thaler dahier weder geſetzlichen Cours haben, noch tarifirt ſind,

Verordnung vom 25. Januar 1838, die Annahme der preußiſchen $^1/_{12}$ Thalerſtücke betreffend,

und aus dieſer Verordnung noch weiter hervorgeht, daß die vertragsmäßig in Preußiſch-Courant zu leiſtenden Zahlungen dahier in dieſer Münze zu geſchehen haben, daß

3) der § 7 des Einführungsgeſetzes zur allgemeinen deutſchen Wechſelordnung vom 27. März 1849 ſich nur auf Wechſelzahlungen bezieht, und daher der vorerwähnten geſetzlichen Beſtimmung nicht derogirt, daß

4) es ebenſo wenig darauf ankommen kann, welche Verwendung Kläger mit dem zu erhebenden Betrage beabſichtigt haben mag, und zu welchem Courſe dieſer Betrag in Lübeck anzubringen wäre, als darauf, daß der Verſicherte nach der Behauptung des Beklagten die jährliche Prämie nicht in preußiſchen Thalern eingezahlt haben ſoll, daß

5) die fragliche Police, wie Beklagter zugestanden hat, dahier zahlbar lautet, und somit auch die Zahlung hier zu leisten ist,

S. Ref. Thl. 2. Tit. 24. § 5.

6) daß hiernach der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Versicherungssumme in preußischen Thalern liquid erscheint, daß

7) die Verzugszinsen zu 5 pCt. vom 17. Juli 1854 zu laufen haben, weil an diesem Tage die Aufforderung an den Beklagten zur Zahlung von dem klägerischen Anwalte nach der Einräumung des Beklagten geschehen, und mithin derselbe damals in Verzug versetzt worden ist, und daß

8) was den Betrag des von dem Kläger angesprochenen Schadenersatzes anbelangt, solcher sich in der Differenz zwischen dem am 17. Juli 1854 dahier bestandenen und dem am Tage der Zahlung der Schuld dahier bestehenden Course der preußischen Thaler herausstellt,

wird zu Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen 4000 preußische Thaler nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. vom 17. Juli 1854, sowie nebst dem Betrage der Differenz zwischen dem an diesem Tage dahier bestandenen Course der preußischen Thaler und dem am Tage der Zahlung dahier bestehenden Course zu bezahlen, auch die Streitkosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 29. Januar 1855.

Auf Appellation des Beklagten.

Es kann dem Beklagten in einem Theile seiner Ausführungen beigestimmt, es kann demselben namentlich darin beigepflichtet werden, daß eine Verbindlichkeit, seine Schuld in wirklichen Thalerstücken zu bezahlen, aus dem Vertrage, soweit derselbe aus den Acten beurtheilt werden kann, sich nicht herleiten lasse, ohne daß jedoch damit eine wesentliche Veränderung der Sache herbeigeführt würde.

Es hat sich nämlich in dem Verkehr die Ansicht und der Gebrauch festgestellt, daß, wenn eine Bezahlung in bestimmten Geldstücken geleistet werden soll, der hierauf gerichteten Absicht der

Contrahenten durch Beifügung des Wortes „effectiv“ oder eines ähnlichen Wortes ein bestimmter Ausdruck gegeben werden müsse. Daß dem so ist, beruht auf Notorietät, ergibt sich aber auch aus dem Protokolle der Leipziger Wechselconferenz S. 71 und aus dem Schlußsatze des Art. 37 der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

Von solchen bestimmten und unzweifelhaften Ausdrücken enthält der vorliegende Vertrag überall nichts.

Der Beklagte ist somit berechtigt, seine Schuld in der Landesmünze des Zahlungsortes, d. h. in grober Münze des 24½ Gulden-Fußes abzuführen, allein er ist nicht berechtigt, die in dem Vertrage bezeichnete Münzsorte nach einem anderen, als nach ihrem Courswerthe zu berechnen, weßhalb auf

von Savigny, Obligationenrecht, Bd. 1. S. 443. flg.

mit dem Anfügen verwiesen wird, daß die Bestimmung des § 7 des Einführungsgesetzes nur als jus singulare für den Wechselverkehr zu betrachten, somit über denselben hinaus nicht auszudehnen ist.

Die Verurtheilung des Beklagten, sowie solche hiernach ausgesprochen werden muß, stimmt mit dem wörtlichen Antrag der Klage allerdings nicht überein, es kann jedoch keinem Bedenken unterliegen, auf Grund der seitherigen Verhandlungen das entsprechende Erkenntniß zu erlassen, da die Sache vollständig instruirt ist, der Anspruch des Klägers seinem Wesen nach nicht alterirt wird, auch die dermalige Auffassung der Sache in der Replik bereits zur Geltung gebracht worden ist.

II. Die zweite Beschwerde ist nach den Präjudicaten des Ober-Appellationsgerichts,

Laubinger ca. Kirchheim 1840,
Leonhard und Blum ca. Stiebel 1841,

nach welchen der Art. 100 der prov. Prozeß-Ordnung nicht als jus singulare für Wechselforderungen angesehen werden kann, und Verzugszinsen in allen Fällen auch von Zeit früherer Interpellation zuerkannt werden können, verwerflich.

III. Was den Kostenpunkt anbelangt, so ist nach dem Vorbemerkten und bei der Zweifelhaftigkeit des Falles die Compensation der Kosten der ersten Instanz gerechtfertigt, die Compensation der Kosten der gegenwärtigen Instanz aber bei der eingetretenen Abänderung des Erkenntnisses geboten.

Diesemnach wird abändernd zu Recht erkannt:

1) Beklagter ist schuldig, innerhalb 14 Tagen dem Kläger zu bezahlen den Werth von 4000 preußischen Thalern nach dem Course derselben am 17. Juli 1854 mit Verzugszinsen zu 5 pCt. seit diesem Tage, eventuell, und wenn der Cours am Zahlungstag ein höherer sein sollte, nach dem Course des Zahlungstags.
2) Die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz werden verglichen, und sind nunmehr die Voracten zurückzusenden.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 7. Februar 1856 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses konnte keinem Bedenken unterliegen.

I. Gegen den Kläger, welcher wider das vorige Erkenntniß nicht appellirt hat, steht es rechtskräftig fest, daß der Beklagte nicht schuldig sei, ihm die in der Police verschriebenen Thlr. 4000 des 14Thaler-Fußes in specie, sondern in Frankfurter Münze nach dem Course vom 17. Juli 1854 oder dem höheren des künftigen Zahlungstages zu entrichten.

Die hiergegen vom Beklagten erhobene Beschwerde ist aber unbegründet.

Es sind nach der Police Thlr. 4000 im 14Thaler-Fuße in Frankfurt baar zu bezahlen. Preußische 1Thaler-Stücke sind nun, wie darüber die Partheien einverstanden sind, in Frankfurt eine fremde Münze, sie haben dort, abgesehen von dem unten zu erörternden Einführungsgesetze der allgemeinen deutschen Wechselordnung, überall keinen gesetzlichen Cours, sind nicht tarifirt, wie dieß die Verordnung vom 25. Januar 1848

Gesetzsammlung, Bd. 7. S. 31.

ausdrücklich besagt. Fremde, in einem Lande nicht tarifirte Münzsorten sind aber in den darüber ausgestellten Schuldverschreibungen

nur als Waare aufzufaſſen, und ſo alſo auch die preußiſchen Thaler in Frankfurt.

Souchay, Anmerk. zur Reform. Thl. 1. S. 166.

Hiernach unterliegen ſie, wie jede Waare, den nach den jeweiligen Platzverhältniſſen ſchwankenden Preiſen, die der notirte Börſencours angibt, und ſo kommen denn auch, im Gegenſatz gegen die als Vereinsmünze geprägten 2 Thaler-Stücke oder 3½ Gulden-Stücke, die preußiſchen 1 Thaler-Stücke in den Frankfurter Cours-Tabellen vor,

Noback, Münz-, Maaß- und Gewichtsbuch, Heft 3. S. 201 und 202.

wie ja auch darüber die Partheien einverſtanden ſind.

Iſt aber dem ſo, ſo unterliegt es nicht dem mindeſten Zweifel, daß — inſofern nicht aus dem Einführungsgeſetze der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung ſich ein Anderes ergeben ſollte — der Beklagte dem Kläger am 17. Juli 1854 entweder Thlr. 4000 in preußiſcher Münze anſchaffen, oder ſoviel Frankfurter Münze zahlen mußte, als dem Kläger erforderlich war, um ſich Thlr. 4000 preuß. Courant zu verſchaffen, alſo denjenigen Preis des Thalers, den der am 17. Juli 1854 notirte Cours ergibt.

Die Frage, wie eine in einer fremden Münze contrahirte Schuld, deren Werth ſich gar nicht geändert hat, zu bezahlen ſei, iſt nämlich von der ſo ſehr controverſen, welchen Einfluß eingetretene Münzveränderungen auf die Abtragung einer Geldſchuld haben, ganz verſchieden. Jene Frage hat auch Savigny, auf den ſich das Appellationsgericht mit dem Kläger bezogen hat, gar nicht berührt, und über ihre Beantwortung dürfte eine Meinungsverſchiedenheit überall nicht obwalten. Denn wie das preußiſche Landrecht,

Thl. 1. Tit. 11. § 785. und 786.

ſo entſcheiden auch Schriftſteller, die in der Beantwortung der controverſen Frage von einander abweichen, jene in dem obigen Sinne

Wening-Ingenheim, Bd. III. § 5.

Pfeiffer, praktiſche Ausführungen, Thl. 1. S. 61. § 6 a. E.

Ueber ſie ſind auch die beiden Bearbeiter des Frankfurter Rechts völlig einverſtanden.

Bender, Handbuch des Frankfurter Privatrechts, S. 368.

Souchay, Anmerk. Thl. 1. S. 182 und 183.

Und wenn der Beklagte in erster Instanz behauptet hat, daß der Courswerth fremder Geldsorten, also auch der preußischen Thaler, sich in Frankfurt lediglich auf den An- oder Verkauf solcher Münzsorten beziehe, die Zahlung der darin ausgedrückten Schulden dagegen nicht berühre, so hat er diese Behauptung in gegenwärtiger Instanz selbst als eine unwahre widerlegt, indem er eine Vereinbarung einer großen Zahl Frankfurter Kaufleute vom 9. März 1848 beigebracht hat, worin diese sich gegenseitig verpflichten, in allen Zahlungen, die sie von einander zu empfangen haben, auch die von Preußen im 14 Thaler-Fuße geprägten ganzen Thaler zu dem conventionellen Tarife den Thaler zu fl. 1. 45 kr. anzunehmen. Denn wäre es richtig, was er früher behauptete, daß die in fremden Münzen ausgedrückten Geldschulden nur nach dem reinen Silbergehalt in Frankfurter Münze bezahlt zu werden brauchten, und daß die Coursnotirungen dieser fremden Valuten sich nur auf den Geldwechsel bezögen, so hätte es jener Vereinbarung gar nicht bedurft.

Die Bezugnahme aber auf die Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Klemm ca. Lemmé*) ist eine ganz unpassende, da diese Entscheidung auf eine Schuld in Conventionsmünze geht, Conventionsmünze aber in Frankfurt tarifirt ist, und zwar nach dem 24 Gulden-Fuße.

Noback a. a. O. S. 200.

Souchay, Anmerk. zur Reform. I. S. 163 und 164.

Somit fragt es sich nun noch, ob durch den § 7 des Einführungsgesetzes der Allgemeinen deutschen Wechselordnung vom 27. März 1849 den preußischen Thalern in Frankfurt ganz allgemein der gesetzliche Cours von fl. 1. 45 kr. gegeben ist.

Dieß ist aber mit den vorigen Richtern nicht anzunehmen, und zwar aus dem Grunde, weil der § 7 nur eine singuläre Vorschrift für Wechselzahlungen ist, welche nicht auf andere Zahlungen ausgedehnt werden kann, weil sie eine Ausnahme von dem obigen allgemeinen Prineipe sanctionirt, wonach Zahlungen verschriebener fremder Valuten nach dem jeweiligen Courswerth am Zahlungsorte zu leisten sind.

Hiernach sind

*) Siehe Band I. Seite 80 — 87.

1) die Gründe des Beklagten, warum es nicht darauf ankomme, daß der § 7 in einem auf die Wechſelordnung ſich beziehenden Geſetze ſteht, nicht zutreffend, und ebenſo wenig

2) der Grund, daß der im Art. 100 der prov. Proz.-Ordnung, welcher nur von Wechſeln handle, enthaltenen Beſtimmung, daß Zinſen der Wechſelſumme vom Tage des levirten Proteſtes gefordert werden können, namentlich vom Ober-Appellationsgerichte eine allgemeine Anwendung auf alle Verzugszinſen gegeben ſei. Denn das Ober-Appellationsgericht hat in dieſer Beſtimmung nur die Beſtätigung eines allgemeinen, auch in Frankfurt geltenden Princips erblickt.

Beuder, Handb. des Frankf. Privatrechts, S. 355 und 356.

Wenn ſodann der Beklagte

3) gegen die Annahme, daß der § 7 ein jus singulare für Wechſelzahlungen enthalte, geltend macht, daß dann der ſchon durch die Frankfurter Wechſelordnung von 1739 Art. 36 beſeitigte Unterſchied zwiſchen Wechſel- und Waarenzahlungen wieder eingeführt ſein würde, ſo trifft dieſer Einwand ſchon deßhalb nicht zu, weil Das, was jener Artikel und auch ſpätere Verordnungen bekämpfen, darin beſtand, daß in Frankfurt gangbare Münzen im Waarenhandel dem Verkäufer durchgängig zu einem höheren Werthe berechnet wurden, als dieß bei Wechſelzahlungen geſchah,

Span, Frankfurts Wechſelr. S. 56.

während es ſich hier von fremden Valuten handelt, deren Cours je nach den Geldverhältniſſen bald unter, bald über dem Silberwerth ſtehen kann, daher es nicht zutrifft, wenn der Beklagte bemerkt, daß durch die Feſtſtellung eines geſetzlichen Courſes der preußiſchen Thaler für Wechſelzahlungen allein das frühere Verhältniß auf den Kopf geſtellt ſein würde.

Wenn endlich

4) der Beklagte für die Abſicht des Geſetzes, Dasjenige zu ſanctioniren, was bereits im täglichen Verkehre nicht bloß bei Wechſelzahlungen Geltung gehabt habe, ſich auf die ſchon oben in Bezug genommene Vereinbarung Frankfurter Kaufleute beruft, ſo beweiſt dieß um ſo weniger, als es ja der gegenwärtige Prozeß zeigt, daß noch fortwährend in Frankfurt der Cours preußiſcher Thaler notirt wird, und noch in dem neueſten, ſehr genauen Werke über die Münzverhältniſſe der einzelnen Staaten der Geldcours der

preuß. Thaler in Frankfurt von dem durch § 7 cit. feſtgeſtellten dortigen Cours bei Wechſelzahlungen unterſchieden wird.

Noback a. a. O. S. 202.

Und ebenſo wenig verſchlägt für ſeine Behauptung die in Bezug genommene Zeitungsnotiz, daß die Zinscoupons der neuen 3½ proc. preuß. Prämien-Anleihe bei Rothſchild, der Thaler zu 105 kr. gerechnet, erhoben werden könnten, da es theils keinem Zweifel unterliegt, daß dieß, wie bei den übrigen preußiſchen Anleihen,

Noback a. a. O. S. 204.

auf den beſonderen Bedingungen der Anleihe beruht, theils durch jene Annonce keine Nöthigung der Coupon-Inhaber erwieſen iſt, die Zinſen in Frankfurt zu dem angegebenen Courſe zu erheben.

Es bleibt daher nur der beſondere, auf den concreten Fall ſich beziehende Einwand des mangelnden Intereſſe übrig, welchen der Beklagte darauf gründet, daß der Kläger für die ihm angebotenen fl. 7000 des 24½ Gulden-Fußes ſich in Frankfurt Lübecker-Courant hätte kaufen können und dann keinen Schaden erlitten haben würde. Hier kann man es aber ganz dahingeſtellt ſein laſſen, ob das möglich geweſen wäre, was ſich nicht wohl ſagen läßt, indem es hier, da Lübeck kein Wechſelplatz iſt, immer auf den veränderten Wechſelcours von Frankfurt auf Hamburg und auf den Bancocours des Preußiſch-Courant ankommen würde. Denn es genügt zur Widerlegung dieſes Einwandes, daß der Kläger berechtigt war, in Frankfurt Thlr. 4000 preuß. oder den vollen Courswerth ausbezahlt zu erhalten. Wie er darüber disponiren wollte, iſt eine Sache, die den Beklagten nichts angeht.

II. Ob der Beklagte die Verurtheilung in Verzugszinſen ſeit dem 17. Juli 1854 auch in dieſer Inſtanz hat anfechten wollen, iſt zweifelhaft, da er in der Ausführung ſeiner Beſchwerde dieſen Nebenpunkt überall nicht weiter berührt. Jedenfalls rechtfertigt ſich die Entſcheidung der beiden vorigen Inſtanzen durch die im Erkenntniſſe des Appellationsgerichts in Bezug genommenen Präjudicate des Ober-Appellationsgerichts ſo vollſtändig, daß es einer weiteren Ausführung darüber nicht bedarf.

82.

Maria Chriſtine Schneider, geb. Abel, Liquidantin gegen den Curator und Contradictor der **Carl Schneider** Sohn'ſchen Debitmaſſe, Liquidaten, betreffend Vermögensabſonderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 29. November 1854.

In Erwägung, daß

1) Liquidat das Separationsgeſuch der Liquidantin zunächſt aus dem Grunde beſtritten hat, weil das Geſchäft des Gemeinſchuldners gemeinſame Sache beider Eheleute geweſen ſei, welcher Einwand aber, als nicht gehörig ſubſtanziirt, keine Berückſichtigung finden kann, daß

2) dagegen die erhebliche liquidatiſche Angabe: daß Liquidantin an dem Geſchäfte ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen habe, wegen des Widerſpruchs der Liquidantin zum Beweiſe zu verſtellen und es dem Liquidaten hierbei unbenommen iſt, ſolchen auf die von ihm gemachten verſchiedenen Angaben, inſoweit ſolche releviren, zu erſtrecken; daß

3) jedoch die behauptete Thätigkeit der Liquidantin in dem Geſchäfte des Gemeinſchuldners nur für die Zeit vor dem 20. Juni 1847 in Betracht kommen kann, da an dieſem Tage derſelbe ihr Procura zur Geſchäftsführung ertheilt hat und die von ihr in Folge der erhaltenen Procura angenommenen Handlungen und Geſchäfte als lediglich im Namen ihres Ehemannes ausgeführt, daher als ſolche anzuſehen ſind, welche nicht zu denjenigen ſelbſtſtändigen Verrichtungen gerechnet werden können, deren die St. Ref. Th. 3. Tit. 7. § 12 erwähnt, — — —

wird zu Recht erkannt:

A. Es hat binnen 14 Tagen vorbehältlich des Gegenbeweiſes, rechtsgenügend darzuthun:

A. Liquidantin:

a) — — — — — — — — — — —

B. Liquidat

daß die Liquidantin vor dem 20. Juni 1847 an dem Handelsgeſchäfte ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen habe.

B. Je nach dem Ergebniß der vorſtehenden Beweiſe ſoll in der Vor- und Widerklage, ſowie wegen der Koſten weiter erkannt werden, was Rechtens.

Durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 12. Februar 1855 wurde dieſes Urtheil auf Appellation des Beklagten unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 19. März 1856.

Erkannt:

Daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 12. Februar 1855 und das durch ſelbiges beſtätigte Erkenntniß des Stadtgerichts vom 29. November 1854, und zwar, wie hiermit geſchieht, im Uebrigen zu beſtätigen, in Betreff des dem Appellanten im ſtadtgerichtlichen Erkenntniſſe sub **A.** B. aufgelegten Beweiſes aber dahin abzuändern ſeien,

daß die in dem Beweisſatze enthaltenen Worte: „vor dem 20. Juni 1847" in Wegfall zu bringen, dagegen aber der Appellatin vorzubehalten ſei, binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Friſt, reprobatione salva, den Beweis zu führen:

daß und wann die ihr am 20. Januar 1847 von ihrem Ehemanne ertheilte Procura durch Börſen-Anſchlag öffentlich verkündigt worden ſei.

Die Koſten der gegenwärtigen und der vorigen Inſtanz werden zur Hälfte compenſirt, zur Hälfte dem Appellanten aufgelegt.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die Beſchwerden, welche der appellantiſche Contradictor gegen die Erkenntniſſe der beiden unteren Inſtanzen erhoben hat, konnten nur in Betreff eines einzigen Punktes für begründet erachtet werden.

Anlangend die

erſte Beſchwerde, ſo hat der Appellant dieſelbe dahin gerichtet, daß jene Einrede, die Liquidantin habe von der Aufopferung ihres Vermögens im Geſchäft ihres Ehemannes Kunde gehabt und dennoch die Hineinziehung geſchehen laſſen, als rechtlich wirkungslos verworfen und nicht vielmehr als an ſich begründet und zugleich liquide behandelt, eventualiter nicht wenigſtens zum Beweiſe verſtellt worden ſei.

Nun bedürfte es eines Eingehens auf die Frage nicht, ob das hier in Betracht kommende Exceptionalmoment genügend ſubſtanziirt ſei, um Berückſichtigung zu finden, eventualiter ob ſogar Liquidität angenommen werden dürfe, denn jenem Vorbringen des Beklagten fehlt es an rechtlicher Begründung.

Im vorliegenden Falle handelt es ſich bei der hier in Betracht kommenden Einrede überhaupt nur um das von der Ehefrau ihrem Ehemanne zugebrachte bewegliche Vermögen. Denn das von ihr inferirte Immobile iſt noch unverändert vorhanden und nicht mit in die Handlung des Ehemannes hineingezogen worden, ſo daß von letzterem hier ganz abgeſehen werden kann. —

Nun iſt aber der frankfurtiſche Ehemann, wenngleich ihm ein wirkliches Mundium in Betreff ſeiner Ehefrau nicht zuſteht, und er insbeſondere nicht berechtigt iſt, über deren unbewegliche Güter zu verfügen, der legitime Verwalter des ihr zuſtändigen beweglichen Vermögens.

Bender, Privat. R. S. 63.

Souchay, Anmerkungen. Im Nachtrage Bd. II. S. 1303.

Unter dieſen Umſtänden kann daraus, wenn das bewegliche Vermögen der Ehefrau für den Geſchäftsbetrieb des Ehemanns verwendet worden, und dieſes ſelbſt mit Wiſſen derſelben geſchehen ſein ſollte, kein Rechtsnachtheil für deren eventuelles Separationsrecht erwachſen. Dieß würde nur dann geſchehen können, wenn

das geltende Recht die Ehefrau verpflichtete, gerichtliche Anträge auf Beseitigung oder doch Inhibirung der ehemännlichen Verwaltung zu stellen, falls sie von derselben Gefahr für ihr Vermögen zu besorgen Ursache haben sollte. Eine solche Verpflichtung besteht aber nicht, und nur von einem Rechte der Ehefrau ist zu reden, unter den geeigneten Voraussetzungen, in ihrem Interesse sicher stellende Maaßregeln herbeizuführen.

Die vorbemerkte Auffassung ist um so unbedenklicher, als das Prioritätsgesetz vom 10. Januar 1837 sub VI. das Separationsrecht der Ehefrau ausdrücklich anerkennt

„unter der in der Ref. I. 49. § 5 ausgesprochenen Voraussetzung,"

so daß andere Voraussetzungen, als die in jenem Artikel angegebenen (welche letzteren sich auf das Fernhalten der Ehefrau vom „gemeinen Handel" und auf die Vermeidung „verschwenderischen Haushaltens" beziehen) nicht in Betracht kommen können.

Bei der

zweiten Beschwerde, dahin gerichtet, daß die Einrede, das fragliche Geschäft sei gemeinsame Sache beider Ehegatten gewesen, als ungenügend substanziirt verworfen worden sei, kam es nur auf eine Beurtheilung des Inhalts der beklagtischen Aufstellungen erster Instanz an. — Denn den Rechtspunkt anlangend, so besteht darüber keine Ungewißheit, daß, wenn eine rechtliche Gemeinschaft zwischen den Schneider'schen Eheleuten in Betreff der Handlung Statt gefunden hätte, von einem Separationsrechte der Liquidantin nicht die Rede sein könnte.

Nun mußte aber den unteren Instanzen darin beigepflichtet werden, daß factische Momente, welche eine rechtliche Gemeinschaft zu begründen geeignet wären, von dem Beklagten überhaupt nicht angeführt worden sind, daß vielmehr sein hierauf bezügliches Vorbringen nur vom factischen Zusammenwirken zu verstehen ist. Vergl. Acten erster Instanz, wo immer nur von „der gemeinschaftlichen Geschäftsführung" geredet wird, ohne daß irgendwie einer Vereinbarung der Eheleute unter einander über die rechtliche Gemeinschaftlichkeit, oder einer hierauf bezüglichen Manifestation nach Außen Erwähnung geschehen wäre.

Abweichend von den unteren Instanzen, mußte dagegen der durch die

dritte Beschwerde betroffene Gegenstand behandelt werden.

Der Beklagte hat der Liquidantin die Einrede opponirt, daß sie bei der Geschäftsführung ihres Ehemannes thätig mitgewirkt habe. Dieser als rechtlich zulässig an sich unbestrittenen Einrede hat die Klägerin, außer einem Läugnen des Factischen, die Replik entgegengesetzt, daß ihr am 20. Januar 1847 von ihrem Ehemanne eine Procura ausgestellt worden sei, und daß mithin alle nach jenem Tage von ihr etwa vorgenommenen Verwaltungshandlungen nur den Charakter unpräjudicirlicher Functionen eines Institor an sich getragen hätten, durch welche die Vermuthung, das Geschäft sei ein beiden Ehegatten gemeinsames, ausgeschlossen worden sei.

Die vorderen Instanzen haben diese Replik für begründet erachtet und demgemäß den Beklagten nur zu dem Beweise zugelassen, daß die Klägerin vor dem Tage der Vollmachts-Ausstellung (welcher in Folge eines Versehens im Erkenntnisse erster Instanz auf den 20. Juni statt auf den 20. Januar 1847 angegeben worden ist) in dem Geschäfte ihres Ehemannes thätig mitgewirkt habe.

Hiergegen hat der Beklagte Beschwerde erhoben, und in einem gewissen Umfange mit Grund.

Den von der liquidantischen Ehefrau geltend gemachten und im Wesentlichen von den früheren Instanzen adoptirten Argumenten kann nämlich nicht beigepflichtet werden.

Dieselben bestehen darin, daß

a) indem die Ehefrau durch die Procura zum institor des Ehemannes geworden sei, von einer persönlichen Verbindlichkeit derselben überhaupt nicht die Rede sein könne, indem, wo ein institor handle, niemals dieser, sondern nur der praeponens obligirt werde;

b) daß die Ehefrau durch die Procura als eine vom Ehemann abhängige Person hingestellt werde, und ihr mithin alsdann nicht mehr der Charakter der Selbstständigkeit zustehe, durch dessen Eintritt das Separationsrecht verwirkt werden würde.

Hierbei wird

ad a) überſehen, daß es ſich nicht um die Frage handelt, wer durch den betreffenden einzelnen Act der per procuram mariti fungirenden Ehefrau obligirt werde, ſondern darum, ob die Regel, zufolge welcher die an der Handelsgeſtion Theil nehmende Ehefrau den Creditoren mit ihrem Illatum verhaftet, oder genauer ihres Separationsrechtes in Betreff dieſes letzteren verluſtig werde, durch die Ausſtellung der Vollmacht eine Abänderung oder Modification erleiden könne.

Und

ad b) das zweite Argument anlangend, ſo erſcheint auch die nicht mit Procura verſehene Ehefrau, wenn ſie in ihres Ehemannes, auf deſſen alleinigen Namen geführtem Geſchäfte mitfungirt, als untergeordnet und unſelbſtſtändig. Gleichwohl geht deſſenungeachtet ihr Separationsrecht durch die Mitthätigkeit im Geſchäfte verloren, und mithin kann jene der Ehefrau, als Procura-Trägerin, beigelegte Eigenſchaft nicht von rechtlichen Folgen ſein.

Dagegen führt die im § 12. III. 7 der Reformation angegebene ratio der hier in Betracht gezogenen Beſtimmungen,

> „daß Diejenigen, ſo mit ihnen (den Eheleuten) handeln oder ihnen Geld und Arbeit aufborgen, nicht betrogen und benachtheiligt werden,"

auf den Geſichtspunkt hin, von welchem aus das vorliegende Verhältniß aufzufaſſen iſt. Das Geſetz geht nämlich davon aus, daß die dritten Contrahenten, welche die Ehefrau im Geſchäfte des Ehemannes fungiren ſehen, zu der Annahme Veranlaſſung haben, dieſelbe ſtehe mit dem Letzteren in Handelsgemeinſchaft und hafte demnach den Creditoren des Geſchäftes mit ihrem Vermögen. — Es kommt demnach darauf an, ob im Falle der Ertheilung einer Procura jene Annahme der Creditoren als ausgeſchloſſen angenommen werden dürfe.

Nun iſt zuvörderſt ſo viel klar, daß ein bloßer Vertrag zwiſchen dem Ehemann und der Ehefrau — alſo auch an ſich eine der Letzteren vom Erſteren ertheilte Procura — nicht genügen kann, um das geſetzliche Präjudiz auszuſchließen, nämlich das factiſche Verhältniß ſo umzugeſtalten, daß die Anwendung der ratio legis ausgeſchloſſen ſei. Vielmehr müßte die Procura

allgemein in ſolcher Weiſe verkündigt worden ſein, daß das geſchäft-treibende Publikum als mit derſelben bekannt angeſehen werden dürfte. Daß es nicht etwa auf die Kunde von der (bloßen) Procuriſten-Qualität der Ehefrau allein bei Denjenigen ankomme, welche durch Vermittelung der Ehefrau Geſchäfte abſchließen, ergibt ſich daraus, daß es ſich nicht um die Verbindlichkeit der einzelnen Geſchäfte, ſondern darum handelt, die oben berührte Präſumtion bei allen Denjenigen zu beſeitigen, welche mit der Handlung, gleichviel ob durch die Perſon des Ehemannes ſelbſt, oder durch irgendwelche denſelben vertretende Perſon, contrahiren.

Eine Verkündigung der oben erwähnten Art würde nun darin liegen, wenn die Procura durch Börſen-Anſchlag bekannt gemacht ſein ſollte. Schon die

„Wechſel- und Mercantil-Ordnung von 1739 und die Zuſätze zu derſelben vom 29. October 1791

gedenken in den §§ 5 und 6 der Börſen-Notification in Betreff der Errichtung und Aufhebung von Compagnie-Handlungen, und in den §§ 3 und 4 der Revocation ertheilter Procuren, als des ordentlichen und ausreichenden Mittels der Verkündigung mercantiliſcher Mittheilungen. Und auf der Grundlage jener Beſtimmungen hat in neuerer Zeit die

Verordnung über die Börſen-Anſchläge in Betreff der Firmen vom 20. October 1825

gefußt, indem ſie dasjenige, was früher nur in Betreff von Compagnie-Handlungen Rechtens war, auch auf alle in Betreff von Einzelhandlungen vorkommende Acte der Errichtung, Veränderung oder Aufhebung ausdehnte. Man hat mithin nach Analogie der obigen Beſtimmungen davon auszugehen, daß ein Mehreres als ein Börſen-Anſchlag nicht erforderlich iſt, um die hier in Betracht kommende Benachrichtigung aller Betheiligten als genügend beſchafft anzunehmen, daß andererſeits aber auch ohne den Börſen-Anſchlag, wenigſtens da, wenn nicht eine anderweitige ſpeciellere Mittheilung an alle Geſchäfts-Kunden behauptet und nachgewieſen ſein ſollte (etwa durch öffentlichen Anſchlag im Geſchäftslocale, nach Anleitung der

L. 11. § 2. Dig. de inst. act. 14. 2.,

wovon in concreto Nichts vorliegt), die Procura-Ertheilung in der hier beſprochenen Richtung erfolglos ſein müßte.

Es kommt demnach darauf an, ob, mit der Appellatin, nach deren Anführung, der Börſen-Anſchlag der in Rede ſtehenden Procura als geſchehen bereits angenommen werden dürfe. Dieß iſt zu verneinen, da aus dem Inhalte des unter der Procura befindlichen Notariats-Inſtrumentes nicht mehr entnommen werden kann, als daß dem Notar Eintragung der Procura in das betreffende Protocoll aufgetragen worden iſt, und daß jene Eintragung Statt gefunden hat, ohne daß über den Börſen-Anſchlag ſchon irgend Etwas vorläge. Die hier berührte Beſchwerde des Beklagten war mithin an ſich begründet, und die Zeitbeſchränkung des Beweisſatzes in Wegfall zu bringen, wogegen der Liquidantin der Beweis der Verkündigung der Procura durch Börſen-Anſchlag vorzubehalten war, wobei es dann eventualiter auf den Zeitpunkt des letzteren, ſtatt des 20. Juni (rectius 20. Januar) 1847, ankommen wird.

Der Appellant hat ſeine

vierte Beſchwerde dahin gerichtet, daß nicht ſeine Einrede, die Ehefrau Schneider habe die Inſolvenz ihres Ehemannes durch culpa lata veranlaßt, zum Beweiſe verſtellt worden ſei.

Nun ſind die Vorausſetzungen, unter denen die Ehefrau eines Falliten, wegen ſchuldvollen Verfahrens, ihres Separationsrechtes verluſtig gehe, in der Ref. § 5. I. T. 49 dahin angegeben, daß es ankomme auf

„verthuniges prächtiges Weſen, böſes Haushalten und Verſchwenden.“

Hiervon bringt der Appellant der Liquidantin Nichts zur Laſt. — Sie ſoll vielmehr nur als Procuriſtin verkehrte und dem Vermögen des Ehemannes Schaden bringende Maaßregeln vorgenommen oder veranlaßt haben. Hierbei fehlt es nun aber nicht nur gänzlich an näheren Angaben, während doch das Genauere der in Betracht zu ziehenden factiſchen Umſtände hätte angeführt werden müſſen, ſondern das Vorbringen des Appellanten entbehrt auch jedes rechtlichen Fundamentes, da keineswegs der Verluſt des Separationsrechtes die Folge von Handlungen der betreffenden Art hätte ſein

können, ſondern der Liquidantin nur der Belauf des betreffenden Intereſſe zur Laſt zu bringen ſein würde. Ueberdieß hätte die Liquidantin nur ſo weit zu haften gehabt, als die betreffenden Maaßregeln nicht in Uebereinſtimmung mit den Anſichten des Ehemannes vorgenommen ſein ſollten, oder als nicht nachträglich eine Genehmigung von Seiten deſſelben erfolgt wäre.

Der fünften Beſchwerde,

die Koſten zweiter Inſtanz betreffend, mußte bei der nunmehr in einem Punkte ergehenden Reformatoria inſoweit entſprochen werden, daß der Appellantin nur die Hälfte jener Koſten zur Laſt zu bringen war, wie denn ein Gleiches in Betreff der Koſten gegenwärtiger Inſtanz zu geſchehen hatte, wogegen die andere Hälfte zu compenſiren war.

83.

Direction der Cöln-Minden-Thüringer Verbindungs-Eisenbahn-Gesellschaft, nunmehr **königlich preußische Direction der Westphälischen Eisenbahn** zu Soest, Klägerin, wider **Zacharias Königswärter,** Beklagten, wegen Actien-Einzahlung und Conventionalstrafe.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 22. December 1851.

1) Der Beklagte hat für die Cöln-Minden-Thüringer Verbindungsbahn von der kurhessischen Grenze nach Lippstadt Thlr. 15,000 preuß. Courant, durch welchen Betrag 150 Stück Actien repräsentirt werden, gezeichnet, auch hierauf die ersten 10 Procent eingezahlt, weigert sich aber, die weiter statutenmäßig ausgeschriebenen 10 Procent zu berichtigen. Die Direction der Actiengesellschaft ist daher, gestützt auf die §§ 4 und 5 der vorgelegten Statuten, klagbar dahier gegen ihn aufgetreten und hat dessen Verurtheilung zur Einzahlung der erwähnten weiteren 10 Procent im Gesammtbetrag von Thlr. 1500, sowie zur Erlegung einer Conventionalstrafe von 2 Procent auf jede Actie oder zusammen von Thlr. 300 beantragt. Der vorliegende Rechtsstreit wurde, nachdem er bis zur Schlußerklärung verhandelt war, später von dem königl. preußischen Fiscus, vertreten durch die königl. preußische Direction der Westphälischen Eisenbahn, aufgenommen, da unterdessen die Bahn auf den Staat eigenthümlich übergegangen war.

2) Was zunächst die bestrittene Activlegitimation der klagbar aufgetretenen Direction, deren Prüfung durch den Eintritt des Fiscus in diesem Rechtsstreite keineswegs überflüssig geworden ist, betrifft, so kann hier nur der § 40 der Statuten, sowie derselbe in der königl. Concessions-Urkunde abgeändert wurde, als maaßgebend

erſcheinen. Hiernach muß aber das vorgelegte notarielle Legitimations-Atteſt nach Form und Inhalt für vollkommen genügend erachtet werden. Daß die Direction in ihrer Eigenſchaft als Vertreterin der Actiengeſellſchaft auch noch ihre ordnungsmäßig geſchehene Wahl durch Vorlegung der betreffenden Protocolle der Generalverſammlungen nachzuweiſen habe, widerſpricht dem deutlichen Inhalte der erwähnten Statuten-Beſtimmung, welche grade, und zwar wohl aus guten Gründen jede weitere richterliche Prüfung nach dieſer Richtung in den einzelnen Fällen zu vermeiden bezweckt. Aus dem Grunde bedarf denn auch der Umſtand, daß im Jahr 1847 die Direction nicht mehr vollſtändig aus den Perſonen zuſammengeſetzt war, welche in der Generalverſammlung vom 29. Mai 1845 gewählt wurden, keiner weiteren Aufklärung. Wenn endlich Beklagter die Wahl der Direction und deren nach dieſer Wahl vorgenommene Handlungen als nichtig anzufechten verſucht, ſo erſcheint dieſer Einwand ſchon um deßwillen als ſofort verwerflich, weil ſelbſtredend im Jahr 1845 nicht nach den Beſtimmungen eines Statuts gewählt werden durfte, welches erſt im Jahr 1846 die erforderliche königl. Beſtätigung erhalten hat.

3) Ueber die Frage, ob der preußiſche Fiscus befugt erachtet werden kann, in dieſen Rechtsſtreit als Kläger einzutreten, noch weitere Verhandlungen anzuordnen, liegt keine Veranlaſſung vor, da in thatſächlicher Hinſicht von dem Beklagten keine Umſtände angeführt wurden, welche einer Aufklärung bedürfen. In rechtlicher Hinſicht kommt aber zunächſt in Betracht, daß Beklagter, wenn er auch nur in der Vorausſetzung, dereinſt eine Dividende zu erhalten, unterzeichnete, jedenfalls der Actiengeſellſchaft nicht das Recht beſtreiten kann, ſich durch Mehrheitsbeſchluß aufzulöſen und ihr Eigenthum zu veräußern. Ebenſo unrichtig iſt die weiter geltend gemachte Anſicht des Beklagten, daß hier ein aus Rechten und Pflichten zuſammengeſetztes Vertragsverhältniß vorliege, welches eine Uebertragung auf Dritte nicht zulaſſe. Beklagter erſcheint vielmehr, da es ſich lediglich um rückſtändige Einzahlungen handelt, in dieſem Rechtsſtreite nur als einfacher Schuldner der Actiengeſellſchaft.

Preuß. Geſetz vom 9. Novbr. 1843 § 16.

Daß aber dieſe Gläubigerin berechtigt war, ihre Forderungen jedem Dritten, alſo auch dem Käufer der Bahn zu cediren, kann nach

allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und daß einer solchen Uebertragung namentlich auch der Umstand, weil die Forderung streitig sei, nicht hindernd im Wege steht, kann wenigstens nach der preußischen Gesetzgebung,

L. R. Th. 1. Tit. II. § 383 und 384.

welche hier zur Anwendung zu kommen hat, nicht bezweifelt werden. Ganz ungeeignet erscheint endlich auch der Einwand, die Cession sei an einen Mächtigeren geschehen. Der preußische Fiscus hat seine ihm zustehenden Privilegien in diesem Rechtsstreit bis jetzt wenigstens in keiner Weise geltend zu machen versucht, und ist hierzu auch nach deutlicher Vorschrift der Gesetze

L. R. l. c. § 406.

nicht befugt.

4) In der Sache selbst bedarf nur der Einwand des Beklagten, das Eisenbahn-Unternehmen, für welches er unterzeichnet habe, sei ein wesentlich anderes, als dasjenige, wofür jetzt eine zweite Einzahlung verlangt werde, einer Erörterung, da im Uebrigen unter den Partheien kein Streit ist. Hier ist nur so viel richtig, daß nach dem vorgelegten Prospectus nicht eine Bahn nur bis Lippstadt, d. h. eine Verbindung dieser Stadt mit dem betreffenden kurhessischen Grenzorte, sondern vielmehr eine Verbindungsbahn von der kurhessischen Grenze bis zur Cöln-Mindener Bahn beabsichtigt wurde. Diese Verbindung war zur Zeit, als die zweite Einzahlung ausgeschrieben wurde, nicht mehr zu erreichen, da damals bereits feststand, daß die Cöln-Mindener Bahn Lippstadt nicht berühren werde. Der vorliegende Fall hat daher allerdings auf den ersten Blick viele Aehnlichkeit mit dem von dem Beklagten in seiner Schlußerklärung angezogenen,

Seuffert, Archiv, Bd. 3. Nr. 91.

bei näherer Prüfung ergibt sich jedoch, daß hier der entscheidende Gesichtspunkt ein wesentlich anderer ist.

Wie aus dem vorgelegten Protocolle der am 29. Mai 1845 abgehaltenen Generalversammlung hervorgeht, war damals bereits offenkundig, daß Lippstadt den Knotenpunkt für die beiden betreffenden Bahnen nicht bilden werde. Nichtsdestoweniger hat sich aber die Actiengesellschaft doch förmlich constituirt und zugleich zu § 19 des

Statuten-Entwurfs den Beſchluß gefaßt, bei der königlichen Regierung den Weiterbau der Bahn über Soeſt nach Hamm nachzuſuchen und im Falle der Bewilligung denſelben ſofort in Angriff zu nehmen, und zwar, ohne von den Actionären einen weiteren Zuſchuß zu den gezeichneten Beträgen in Anſpruch zu nehmen. In dieſer Lage befand ſich die Sache, als die zweite Einzahlung ausgeſchrieben wurde. Man war alſo damals von Seiten der Actiengeſellſchaft außer Zweifel, daß das Unternehmen, wenn auch mit einem nothwendig gewordenen Umweg, welchen Beklagter auf zwölf Meilen berechnet, geſichert und fortzuführen ſei.

Nun war aber Beklagter, wie durch [9] der Acten nachgewieſen iſt, bei der Generalverſammlung vom 24. Mai 1845 durch den Actionär A. Raderſtein vertreten, ohne auch nur anführen zu können, daß dieſer ſein Stellvertreter zu einem Widerſpruch gegen den erwähnten Beſchluß inſtruirt geweſen ſei. Ja ſelbſt jetzt verſucht Beklagter die Handlungsweiſe ſeines Mandatars, welcher allem Anſcheine nach mit der Mehrheit geſtimmt hat, in keiner Weiſe zu beſtreiten. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der gefaßte Beſchluß auch für ihn vollkommen bindend zu erachten iſt, und daß demnach ſchon aus dieſem Grunde die jetzt verſuchte Anfechtung deſſelben ohne alle rechtliche Bedeutung iſt. Hierzu kommt aber noch, daß die erſte Einzahlung nach Faſſung des Beſchluſſes, mithin zu einer Zeit geſchehen iſt, als der ganze veränderte Stand der Sache, welcher ſeitdem nicht wieder ein anderer geworden iſt, vollkommen zu überſehen war. Wenigſtens behaupten dieß die Kläger, ohne daß von Seiten des Beklagten widerſprochen wurde. Es liegt mithin eine thatſächliche Genehmigung jedenfalls offenkundig vor.

Bei dieſer Sachlage bedarf die weiter von Seiten des Beklagten in Anregung gebrachte Frage, ob und inwieweit nach allgemeinen Grundſätzen,

Pöhl's Actienrecht § 55.

und nach den Beſtimmungen der preußiſchen Geſetzgebung,

L. R. Th. 1. Tit. 5. § 270 und 271.

L. R. Th. 1. Tit. 17. § 271.

ein Actionär bei veränderten Umſtänden an ſeine gegen die Geſellſchaft übernommenen Verpflichtungen nicht mehr gebunden erachtet werden kann, einer weiteren Erörterung nicht.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, binnen drei Wochen an die königl. preuß. Direction der Westphälischen Eisenbahn die eingeklagten Thlr. 1800 preuß. Courant zu zahlen und derselben die verursachten Streitkosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 5. August 1853.

(Rechtsfacultät Marburg.)

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

Würde sich der als angeblicher Rechts-Nachfolger der Cöln-Minden-Thüringer Verbindungs-Eisenbahn-Gesellschaft durch die königl. preußische Direction der Westphälischen Eisenbahn auf- und eingetretene königl. preußische Fiscus, und zwar binnen 4 Wochen, besser als geschehen zur Sache legitimiren, so ist das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 22. December 1851 (Fasc. I. Nr. 22) in der Sache selbst, bei der Unerheblichkeit der dagegen erhobenen Beschwerden, lediglich zu bestätigen.

Die Kosten dieser Appellations-Instanz sind mit Einschluß der dießmaligen Versendungskosten zu vergleichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. März 1856.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das bei dem Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 5. August 1853, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin näher zu declariren und zu vervollständigen, resp. abzuändern sei;

daß die Klägerin ſich durch Beibringung des Ceſſionsacts, wodurch die libellirte Forderung auf ſie übergegangen, beſſer, als geſchehen, zur Sache zu legitimiren, und demnächſt Beklagter ſich über das von der Klägerin vorzulegende Legitimations-Material, binnen einer vom Stadtgerichte zu präſigirenden Friſt, bei Strafe der Ausſchließung zu erklären habe, auch Beklagter verpflichtet ſei, die durch die in voriger Inſtanz von ihm veranlaßte Actenverſendung erwachſenen Koſten allein zu tragen;

und wird nunmehr, unter Vergleichung der Koſten gegenwärtiger Inſtanz, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

I. Der Beklagte hat mittelſt ſeiner erſten Beſchwerde voriger und jetziger Inſtanz mit Unrecht ſich darüber beſchwert, daß der Eintritt des preußiſchen Fiscus in den Rechtsſtreit, nachdem der Actenſchluß ſchon erkannt worden, für zuläſſig erachtet ſei. Ganz abgeſehen nämlich davon, daß der Eintritt eines neuen Prozeßgegners nach der Litiscontestation in gewiſſen, in den Rechten enthaltenen Fällen erlaubt, und mithin eine vornehmlich auf die Unzuläſſigkeit eines jeden ſolchen Eintritts gegründete Rechtsvertheidigung ſich als verwerflich darſtellt: ſo waren auch die materiellen, wider dieſen Eintritt geltend gemachten Gründe unhaltbar. Denn

1) die Unrichtigkeit des allgemeinen Rechtsſatzes, daß Rechte, welche mit Verbindlichkeiten vermiſcht ſind, keine Ceſſion zulaſſen, iſt heutzutage nach gemeinem Rechte nicht mehr beſtritten, und war im preußiſchen Rechte von jeher anerkannt.

2) Das Verbot einer Ceſſion an einen Mächtigeren iſt dem preußiſchen Rechte ganz unbekannt, und nach gemeinem Rechte nur für den Fall gegeben, daß eine ſolche Ceſſion in böslicher, den Schuldner verletzender Abſicht geſchehen ſein ſollte.

Vangerow, Pand. 6. Aufl. § 574. S. 120 — 122.

Das Vorhandenſein einer ſolchen Abſicht aber iſt von dem Beklagten nicht behauptet worden, und allen Umſtänden nach gar nicht anzunehmen.

3) Schon in den Gründen zum erſten Urtheil iſt darauf hingewieſen, daß das preußiſche Recht nicht, wie das gemeine, die Ceſſion ſtreitiger Forderungen unterſage. Allein auch nach letzterem, welches in Frankfurt gilt, deſſen Recht als das des Orts, wo der Prozeß geführt wird, für dieſe Frage zur Anwendung zu bringen wäre, mußte es für unſtattnehmig erachtet werden, das Verbot der l. 4. C. de litig. 4. 37, namentlich unter Berückſichtigung der im § 1 anerkannten Ausnahmen, in einem Falle zur Anwendung zu bringen, wo eines der bisherigen Prozeßſubjecte zu exiſtiren aufhört, und ein Rechtsnachfolger, wenngleich in den beim Uebergang von Rechten und Verbindlichkeiten unter Lebenden geltenden Formen, deſſen Stelle einnimmt.

4) Auch die Angabe eines Titels für die von der Klägerin behauptete Ceſſion durfte nicht als Bedingung für den Eintritt des Fiscus erachtet werden. Nach gemeinem Recht genügt zur Legitimation eines Ceſſionars die Behauptung und der Beweis des Ceſſionsacts vorbehältlich der von dem Gegner gegen die Rechtsbeſtändigkeit des Titels etwa ſeinerſeits vorzubringenden Einwendungen, wie das Ober-Appellationsgericht

in causa Francof. Scholl & Moers ca. Beyſchlag, Januar 1853; *)

in causa Francof. Pörtner ca. Herrmann, September 1849 **)

ausgeführt hat. In dem vorliegenden Falle mußte aber nach von dem Ober-Appellationsgericht in einem ähnlichen Falle ausgeſprochenen Grundſätzen

in causa Francof. Lemmé ca. Bauer, November 1855 ***)

das preußiſche Recht zur Anwendung kommen. Da nun nach dieſem

Allg. Landr. Thl. 1. Tit. 11. § 345.

die Erklärung des Cedenten, der Ceſſionar ſolle von nun an befugt ſein, das abgetretene Recht als das ſeinige auszugeben, und die Annahme dieſer Erklärung von Seiten des Ceſſionars den Ueber-

*) Siehe Seite 363.

**) Siehe Seite 363.

***) Siehe Band II. Seite 263.

gang des ſogenannten Eigenthums am Rechte begründen ſoll, ſo iſt damit ausgeſprochen, daß es auf die Behauptung und den Beweis des Rechtsgeſchäfts, welches der Ceſſion zum Grunde liegt, für die Geltendmachung der cedirten Forderung nicht ankomme.

Vergl. Präjudicate des Ober-Tribunals Berlin 1849. S. 57. Nr. 1345.

Dagegen konnte

II. die Beſchwerde der Klägerin in gegenwärtiger Inſtanz über die im vorigen Urtheil ihr auferlegte beſſere Sachlegitimation mit dem Verlangen, das erſte Erkenntniß herzuſtellen, nicht für begründet erachtet werden. Die Beſcheinigung des Kreisgerichtes zu Soeſt iſt theils darin dunkel, daß der Charakter und Inhalt der in Bezug genommenen Verfügung vom 23. December 1848 nicht näher angegeben worden iſt, und wenn man auch annehmen wollte, daß gedachte Verfügung mit dem im

Geſ. vom 7. December 1849. § 1. Nr. 2 (Preuß. Geſ.-Samml. S. 437)

erwähnten, mit den Bevollmächtigten der Cöln-Minden-Thüringer Verbindungs-Eiſenbahn-Geſellſchaft am 23. December 1848 abgeſchloſſenen Vertrage identiſch ſei, ſo iſt doch jedenfalls der Ceſſionar berechtigt, die Vorlage des Ceſſionsactes, gleichgültig, ob derſelbe für ſich allein beſteht, oder mit dem Rechtsgeſchäft, welches der Ceſſion zum Grunde liegt, verbunden iſt, im Original oder beglaubigter Abſchrift zu verlangen, und hat nicht nöthig, ſich mit der Beſcheinigung eines dritten Gerichts, daß die Ceſſion Statt gefunden habe, zu begnügen. Denn vornehmlich durch dieſe Vorlage wird der Ceſſionar möglicherweiſe in den Stand geſetzt werden können, ſeine wider die Rechtsbeſtändigkeit der Ceſſion, alſo in concreto ſeine ſämmtlichen, durch die Auflöſung der Geſellſchaft und den Eintritt des Fiscus veranlaßten materiellen, wie formellen Einwendungen geltend zu machen. Es war daher in dieſem Punkte nicht bloß das vorige Urtheil zu beſtätigen, ſondern auch auf Grund der zweiten Beſchwerde des Beklagten in voriger und jetziger Inſtanz, daß nicht wenigſtens in Bezug auf den Eintritt des Fiscus weitere Verhandlungen angeordnet worden ſeien, ſowie aus dem jetzigen Urtheil erſichtlich, zu declariren, und wird Beklagter hierdurch Gelegenheit

erhalten, ſeine ſämmtlichen oben gedachten Einwendungen, inſofern dieſelben nicht nach den Ausführungen unter Nr. I bereits vorgeſchützt und verworfen worden ſind, geltend zu machen und zur rechtlichen Entſcheidung zu bringen. Es bedurfte hiernach keiner weiteren Prüfung der von der Klägerin und dem Beklagten in Anſehung der Anflage beſſerer Sachlegitimation geltend gemachten Gründe wie Gegengründe, und ebenſo wenig einer Beleuchtung der in den Gründen zum vorigen Urtheil für die Abänderung vorgebrachten einzelnen Argumente.

III. Die dritte Beſchwerde des Beklagten in voriger Inſtanz, daß nicht der Fiscus aus der Perſon ſeiner Vorgängerin wegen Mangels ihrer Activlegitimation abgewieſen worden ſei, war jedenfalls zu verwerfen. Denn

1) die wider das in [4] enthaltene Legitimations-Atteſt aus dem Zeugenmangel und dem actuellen Beſtand der Direction der Geſellſchaft am 10. Juli 1847 unternommenen, nur nach preußiſchem Recht zu beurtheilenden Einwendungen bedürfen der Zeit keiner Entſcheidung, da die jetzige Klägerin in der dem Dr. O. ertheilten Prozeß-Vollmacht ſämmtliche frühere Verhandlungen in rechtsbeſtändiger Weiſe genehmigt hat.

2) Daß die Direction in Gemäßheit der Bedingungen der Actienzeichnung, ſowie der Wahlverhandlungen vom 29. Mai 1845 ordnungsmäßig gewählt ſei, ergibt ſich aus der Erwägung, daß § 15 des Statutes vom 22. Februar 1846 damals noch keine, die Generalverſammlungen bindende Kraft hatte, die Bedingungen aber unter Nr. 7 nur vorſchreiben, daß kein Actionär „für ſeine Perſon" mehr als 30 Stimmen haben könne, und Beklagter nicht behauptet hat, es ſei gegen die letzte Vorſchrift verſtoßen.

IV. Endlich mußte auch die vierte Beſchwerde des Beklagten in der Hauptſache, daß Klägerin nicht wegen Grundloſigkeit ihres Anſpruchs abgewieſen worden ſei, verworfen werden. — Denn

1) wie man auch immer den Umfang der Verpflichtung des Beklagten auf Grund ſeiner Zeichnung auffaſſen mag, und ſelbſt

2) angenommen, daß Beklagter der Allgemeinheit ſeiner auf Paderſtein Zwecks Vertretung des Beklagten in der Generalver-

ſammlung vom 29. Mai 1845 ausgeſtellten Vollmacht ungeachtet, an den in ſolcher unter Theilnahme des Bevollmächtigten gefaßten Beſchluß, den Weiterbau der Bahn von Lippſtadt über Soeſt nach Hamm zu beantragen, nicht gebunden ſei, ſo ſteht doch jedenfalls

3) ſo viel feſt, daß

a) der Weiterbau in gedachter Verſammlung beſchloſſen worden iſt, und der Bevollmächtigte des Beklagten von der Erweiterung des Unternehmens Kenntniß gehabt hat — eine Wiſſenſchaft, welche dem Mandanten zum Nachtheil gereichen muß.

Vergl. Vangerow, Pand. 6. Aufl. Bd. 3. § 608. S. 319 und 320.

Wenn nun

b) der Beklagte wegen Nichtbeantwortung der in [7] Seite 83 aufgeſtellten Behauptungen auf Grund des Artikels 34 der proviſoriſchen Prozeß-Ordnung für geſtändig zu erachten war, nach jener Generalverſammlung die von der Direction eingeforderten erſten 10 pCt. mittelſt Annahme der betreffenden Quittungsbogen definitiv eingezahlt zu haben, ſo ergibt ſich

c) aus beiden Umſtänden, daß der Beklagte in das erweiterte Unternehmen eingewilligt hat und nicht mehr befugt iſt, von ſolchem ſpäter zurückzutreten.

V. Bei der in voriger Inſtanz erkannten Koſtenvergleichung mußte es, der zweiten Beſchwerde der Klägerin in jetziger Inſtanz ungeachtet, belaſſen werden, da die Tragweite der zweiten Beſchwerde des Beklagten, auf deren Grund jedenfalls, nach den Ausführungen unter II., das erſte Urtheil abzuändern war, zur Zeit nicht zu bemeſſen iſt: und aus gleichem Grunde waren die Koſten jetziger Inſtanz zu compenſiren. Dagegen hat das vorige Urtheil mit Unrecht die Koſten der Actenverſendung von den übrigen nicht getrennt, und war demnach, da Beklagter dieſelbe in der Appellations-Inſtanz allein beantragt hat, von dieſem der hierdurch veranlaßte Koſtenaufwand allein zu tragen, mithin der zweiten Beſchwerde der Klägerin in jetziger Inſtanz inſoweit zu entſprechen.

Auszüge aus den Seite 359 angezogenen Entscheidungsgründen.

a. Scholl & Moers ca. Beyschlag 1833.

Ebenso wenig

c) war den Klägern neben dem Beweise über das Factum der Cession noch ein besonderer Beweis über den Titel derselben aufzugeben, da zu der Wirksamkeit einer Cession nur der Wille der Cedenten, sein Forderungsrecht auf den Cessionar zu übertragen, erfordert wird,

Faber, cod. defin. forens. lib. IV. tit. 28. def. 9.

ebenso wie zu dem Erwerbe des Eigenthums nur der Wille des Tradenten, den Empfänger durch die Tradition zum Eigenthümer zu machen,

L. 36. D. de acquir. res. dom.

Warnkönig, über den Begriff der justa causa bei der Tradition (Archiv für die civ. Prax. VI. S. 111 flg.).

jener Wille des Cedenten aber aus dem Factum der Cession von selbst hervorgeht. —

b. Pörtner ca. Herrmann 1849.

Wenn es gleich richtig ist, daß zu jeder Cession ein rechtsbeständiger Titel erfordert wird, so genügt doch zur Begründung des Klagrechts aus einer Cession schon das Factum der Cession,

Faber, codex definition. forens. lib. IV. tit. 28. def. 9.

ebenso wie zur Begründung des Klagrechts aus dem Eigenthume an einer Sache das Factum der Tradition,

L. 36. D. de acq. rer. dom.

Warnkönig, über den Begriff der justa causa bei der Tradition, Archiv für die civ. Prax. Bd. VI. S. 111 flg.).

es liegt also nicht dem Kläger ob, jenen Titel anzugeben, sondern es ist Sache des Beklagten, als Einrede einen vitiösen Titel zu behaupten, was hier nicht geschehen ist. Dieß kann namentlich in Frankfurt um so weniger Bedenken haben, da hier durch das Gesetz vom 15. December 1829 die lex Anastasiana aufgehoben ist.

84.

H. Th. J. M.'sche Curatel in specie: Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit, welche bezüglich der Art der gerichtlichen Rechnungsstellung zwischen Herrn Dr. jur. **K.**, als gerichtlich bestelltem Curator des für einen Verschwender erklärten hiesigen Bürgersohns H. Th. J. M., und den Herrn **F.** und **B.**, als durch das Testament der Wittwe H. B., geb. B., ernannten Administratoren des dem Curanden bereits vor der Curatelbestellung verschafften Erbtheils, entstanden war.

Decret des Stadtgerichts II.

vom 18. December 1854.

Zu den Acten, und können die Administratoren von diesen Verhandlungen in der Kanzlei Einsicht nehmen,

1) da, abgesehen von der Frage, ob Frau H. B. mit der Bestimmung einer pupillarischen Verwaltung im § 4 ihres Testaments nicht überhaupt eine gerichtliche Ueberwachung und Rechnungsabnahme beabsichtigt hat, jedenfalls der als Erbe eingesetzte und als solcher gerichtlich eingewiesene H. Th. J. M. unzweifelhaft berechtigt war, über seinen Erbtheil, wenn derselbe auch mit einem Fideicommiß beschwert wurde, Rechnung, und zwar nicht nur hinsichtlich der Revenüen, sondern auch der Capitalanlage von den angeordneten und gerichtlich verpflichteten Administratoren zu verlangen, dieses Recht aber jetzt nur von dessen Curator ausgeübt werden kann und von diesem seinen Pflichten nach unter obervormundschaftlicher Aufsicht ausgeübt werden muß, hiergegen auch die Bestimmung des § 7 Nr. 2 des Testaments schon um deßwillen nicht in Betracht kommen kann, weil der daselbst angeordnete Ankauf eines Landguts nur auf Verlangen des Erben,

also jetzt nur mit Zustimmung dessen Curators in Ausführung gebracht werden darf,

so haben die bestellten Administratoren des dem hiesigen Bürgerssohn H. Th. J. M. durch das Testament der Wittwe H. B., geb. B., verschafften Erbtheils, die Herren Hofrath F. und B. dem Curator des genannten, gerichtlich für einen Verschwender erklärten hiesigen Bürgerssohns binnen 4 Wochen eine mit den erforderlichen Belegen und den Vermögens-Urkunden versehene Rechnung zu stellen;

2) hat Herr Dr. K. demnächst diese Rechnung mit seiner Anerkennung oder geeigneten Falls mit den nöthigen Bemerkungen dahier einzureichen, worauf weitere Verfügung erfolgen soll.

Auf Appellation der Administratoren wurde vorstehendes Decret durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 31. Januar 1855 bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. April 1856.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 31. Januar 1855 und der Bescheid des Stadtgerichts vom 18. December 1854 wieder aufzuheben seien, es jedoch bei dem Erbieten der Appellanten sein Bewenden behalte, dem Curator des gerichtlich für einen Verschwender erklärten H. Th. J. M. zu Zomba in Ungarn alljährlich über Eingang und Verwendung der Zinsen des ihnen im Testamente der Wittwe H. B., geb. B., zur Administration überwiesenen Fideicommiß-Vermögens Abrechnung unter Beifügung eines Nachweises über die Capital-Anlage vorzulegen, auch dem M. die demselben zukommenden Zinsbeträge nur mit des Curators Zustimmung zu verabfolgen;

und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht II. zurückverwiesen.

Entſcheidungsgründe.

Da

1) die Formalien der vorliegenden Appellation, inſofern nach Lage der Sache von vornherein kein Zweifel obwalten konnte, daß die Adminiſtratoren ihre in voriger Inſtanz aufgeſtellte Beſchwerde vollaus zu verfolgen geſonnen wären, ſelbſt nach den in Bezug auf Extrajudicial-Appellationen für die Einwendung des Rechtsmittels geltenden beſonderen Beſtimmungen für ausreichend gewahrt zu achten waren; da auch

2) wenigſtens im Allgemeinen zugeſtanden werden kann, und auch appellantiſcherſeits nicht beſtritten wird, daß nach erkannter Interdiction die dem prodigus zuſtändigen vermögensrechtlichen Befugniſſe von dem ihm beſtellten Curator auszuüben ſeien; da endlich

3) die Appellanten ihr ſchon in erſter Inſtanz gemachtes Erbieten, dem Curator für das von ihnen verwaltete M.'ſche Fideicommiß die alljährliche Abrechnung der Zinſen vorzulegen und deren Auszahlung an den M. nur mit des Curators Zuſtimmung erfolgen zu laſſen, in voriger Inſtanz wiederholt und ſogar noch dahin, daß ſie in bisheriger Weiſe auch eine überſichtliche Verzeichnung der jeweiligen Capital-Anlagen fernerhin dem Curator, ſtatt dem M., obiger Zinſen-Verrechnung beizufügen bereit wären, erweitert, in jetziger aber dieß Erbieten weder zurückgenommen, noch beſchränkt, auch nur ein Erkenntniß dahin beantragt haben, daß ſie zu der im Stadtgerichts-Beſcheide vom 18. December 1854 ihnen auferlegten Rechnungsſtellung, d. h. zur Beſchaffung einer nicht nur die Revenüen, ſondern auch die Capital-Anlage des ihrer Adminiſtration unterliegenden Vermögens umfaſſenden, mit den erforderlichen Belegen und Vermögensurkunden verſehenen und dem Curator des M. zu ſtellenden, von dieſem aber demnächſt mit ſeiner Anerkennung oder geeigneten Falls mit den nöthigen Bemerkungen an das Stadtgericht zu weiterer Verfügung einzureichenden Rechnung nicht verpflichtet ſeien, ſo reducirt ſich nach der gegebenen dermaligen Sach- und Actenlage die allhier zu treffende Entſcheidung;

4) lediglich auf die Frage, ob nach der Stellung, welche das Teſtament der Wittwe B., geb. B., für den ihrem Enkel darin

verſchafften Erbtheil, ſowohl dem Th. M. ſelbſt, als den für die Verwaltung jenes Erbtheils angeordneten Adminiſtratoren zugewieſen hat, eine rechtliche Verpflichtung der Letzteren zu einer jährlichen Rechnungsſtellung über die Capital-Verwaltung in der Maaßen, wie ſolche bei obgedachtem Beſcheide vorausgeſetzt iſt und fortan gewärtigt wird, anzuerkennen ſtehe. Dieß aber war aus folgenden Gründen ſchlechthin zu verneinen.

Allerdings wird man

a) trotz der nicht ganz klaren, überdieß auch nicht völlig übereinſtimmenden Weiſe, in welcher die Teſtatrix die beiden ihrem Sohne B. und gedachtem Enkel zugedachten Nachlaß-Hälften ſowohl bezeichnet, als ſcheidet, und ungeachtet Letzterer nicht einmal auf Bezug und Genuß der Vermögens-Nutzungen einen ſelbſtſtändigen und unbedingten Anſpruch haben ſoll, nach § 1 und 3 davon auszugehen haben, daß Th. M. wirklicher Erbe ſeiner Großmutter geworden, wenn auch nur als heres fiduciarius zu behandeln iſt. Denn deſſen im § 1 erfolgte Erbeseinſetzung kann durch die im § 3 getroffene Beſtimmung, es ſolle derſelbe an dem auf ihn fallenden Vermögens-Antheil im Allgemeinen, d. h. abgeſehen von den ihm nach § 7 sub 1 baar zu verabfolgenden fl. 10,000, weder das Eigenthum, noch die Verwaltung, vielmehr lediglich den Genuß haben, immer nur als modificirt angeſehen, der Ausſchluß aller Eigenthumsrechte an jenem Antheile bloß dahin verſtanden werden, daß M. kein freies und volles Eigenthum haben, ſondern dieß Vermögen, wie auch unmittelbar nachher erklärt wird, lediglich ein Fideicommiß bilden ſolle. Allein

b) dieſe Erbberechtigung iſt einerſeits durch die vorliegende, trotz der Descendenten-Qualität des M., mit Rückſicht auf deſſen ausländiſchen Dienſt und Aufenthalt beliebte gerichtliche Immiſſion, auf welche der Beſcheid vom 18. December 1854 ſpeciell hinweiſt, nicht erweitert, andererſeits nur unter den über die Verwaltung und eventuelle Verwendung dieſes Fideicommiſſes im Teſtament weiter getroffenen Beſtimmungen gewonnen, und nach Maaßgabe der letzteren als wirkſam anzuerkennen. Für das Verhältniß des M. zum Nachlaß, wie zu der für deſſen Verwaltung eingeſetzten Adminiſtration, welche anzuordnen die Teſtatrix nach Analogie von

und nach der Ausbildung, die das Inſtitut der Teſtaments-Executoren im neueren Rechte erhalten hat, unzweifelhaft befugt war, kommt es ſonach

c) weſentlich und allein auf Wortlaut, Sinn und Zweck derjenigen beſonderen Dispoſitionen an, durch welche in dem Teſtamente, insbeſondere in deſſen § 3 diejenigen Rechte näher beſtimmt und beſchränkt worden ſind, welche für den M. aus der Erbenqualität an ſich, oder aus der ihm belaſſenen Nutzungsbefugniß herfließen würden. Dabei wird auch, was ſich aus jenen Dispoſitionen über die Stellung und Berechtigung der Adminiſtratoren ergibt, nicht etwa bloß gegenüber dem M. ſelbſt, ſondern ebenſo nach außen hin und für die Gerichte als materiell maaßgebend anzuerkennen ſein, mag dieſen immerhin nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen oder Inhalts des Teſtaments formelle Concurrenz bei der Verwaltung und Verwendung des adminiſtrirten Vermögens in einzelnen beſtimmten Beziehungen nicht verſagt werden können,

arg. L. 16. § 1 und 3. Dig. de curat. furios. (27. 10.)

und wenn ſchon durch diejenigen Ereigniſſe und Maaßregeln, welche hinterher in Bezug auf die anderweiten perſönlichen Verhältniſſe des M. ſelbſt eingetreten ſind, oder weiter eintreten möchten, namentlich durch die über ihn wegen Prodigalität verhängte Interdiction, ſeine perſönliche Berechtigung und Rechts- oder Handlungsfähigkeit auch in Bezug auf das von der Teſtatrix herſtammende Vermögen mittelbar noch mehr beſchränkt werden kann, als es bloß nach dem Teſtamente der Fall wäre, ſo wird doch alles dieß den aus dem letzteren reſultirenden Verwaltungsrechten der Adminiſtratoren keinen Eintrag thun dürfen.

Nun aber würde

α) ſchon aus den einleitenden Worten des § 3, welche die in großmütterlicher Fürſorge und wohlmeinender Abſicht getroffenen Verfügungen damit motiviren, daß M.'s Leben ein verſchwenderiſches bisher geweſen, und auf Beſſerung keine Ausſicht vorhanden ſei, mit Nothwendigkeit zu folgern ſtehen, daß die angeordnete Verwaltung eine durchaus ſelbſtſtändige, von dem Willen und jedweder Controle wie Einwirkung des M. rechtlich ganz

unabhängige habe ſein ſollen, da die Teſtatrix mit ſich ſelbſt in Widerſpruch getreten ſein würde, wenn ſie eine ſolche Concurrenz ihrem für einen Verſchwender erachteten und erklärten Enkel hätte belaſſen wollen. Noch beſtimmter ergibt es ſich

β) aus dem ſpeciellen Inhalte des Teſtamentes. Denn wie hier die Adminiſtratoren in Bezug auf das ihrer Fürſorge anvertraute Vermögen auch nicht einmal andeutungsweiſe als Vertreter und Bevollmächtigte der Perſon des M. bezeichnet worden, ſo iſt demſelben auch für die Perſonalergänzung der auf ſeine ganze Lebenszeit angeordneten Adminiſtration keinerlei Concurrenz materieller oder formeller Art zugeſtanden, und nur durch das für ſolchen Fall im § 8 der „zuſtändigen Behörde" vorbehaltene Beſtellungsrecht, welches, mag es auch zumeiſt nur die leichtere Legitimation der fungirenden Adminiſtratoren bezweckt haben, doch wenigſtens bei ganz ungeeigneten Vorſchlägen des in der Verwaltung bleibenden Mitgliedes zu dem Verlangen anderweiter Wahl berechtigen würde, hat die Teſtatrix mittelbar das Intereſſe des M., zugleich aber dasjenige der ihm eventuell ſubſtituirten Perſonen zu wahren geſucht. Ferner fehlt es in dem Teſtamente an allen und jeden Beſtimmungen, daß und wie die Adminiſtratoren über die Anlegung und Nutzbarmachung der Capitalien, oder über die Erträgniſſe des Vermögens Nachweis zu geben hätten, was jedenfalls in Verbindung mit ihrem Selbſtergänzungsrechte ein erhebliches Argument dafür gibt, daß die Teſtatrix eine ſelbſtſtändige, zumeiſt der Gewiſſenhaftigkeit und Einſicht der unmittelbar oder mittelbar von ihr ernannten Adminiſtratoren und Executoren anheimgegebene Verwaltung beabſichtigt habe. Weiter hat dieſelbe zwar ihrem Enkel den lebenslänglichen Genuß der geſammten Zins-Einkünfte nicht entziehen wollen, aber doch jeden direkten Bezug derſelben ausgeſchloſſen, auch die Raten, in welchen die Zinſen zu verabreichen wären, ſchlechthin, ſowohl den Zeiträumen, wie den Beträgen nach, dem Ermeſſen der Adminiſtratoren anheimgeſtellt, und ſogar für beſtimmte, im § 4 des Teſtaments näher bezeichnete Fälle deſſen Recht auf den Zinsgenuß dahin beſchränkt, daß ihm die Adminiſtratoren nur je nach ihrem Ermeſſen, die ſtandesmäßigen, resp. nothdürftigen Subſiſtenzmittel zu gewähren hätten. Endlich

kommt auch als ein für die beabsichtigte freie Selbstständigkeit der Administration erhebliches Moment in Betracht, was in Bezug auf etwaigen Ankauf eines Landguts für M. von der Großmutter bestimmt ist, insofern selbst bei Eintritt der gestellten Bedingung eines solideren Lebenswandels, sowohl dieß dem Ermessen der Administratoren anheimgestellt bleiben soll, ob und wie hoch bis zu dem gesetzten Maximum von fl. 40,000 sie zu derartigem Ankauf das Vermögen verwenden wollen, als auch ausdrücklich bevorwortet ist, daß das Landgut unter denselben Modalitäten und Bestimmungen Theil des Fideicommisses bleiben solle, dasselbe also immer noch mittelbar wenigstens unter der angeordneten Administration stehen würde.

Allem Vorbemerkten gegenüber kann denn auch

γ) weder darauf irgend Gewicht gelegt werden, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen jeder Verwalter fremden Vermögens, weil verantwortlich, auch als rechnungspflichtig zu erachten sei, noch der im § 4 von der Testatrix gebrauchte Ausdruck, es sei der dem M. verschaffte Theil ihres Nachlasses „pupillarisch zu verwalten," von erheblichem Erfolge sein. Denn letzterer fände eben darin, daß die Verwaltung von jeder Mit- und Einwirkung des M. völlig und ebenso frei sein soll, als von wirklicher Pupillarverwaltung der Mündel selbst, obwohl der eigentlich und allein Berechtigte, schlechthin ausgeschlossen ist, seine ganz natürliche Erklärung, und kann jedenfalls dahin verstanden werden, daß die Administratoren bei aller formellen Selbstständigkeit ihrer Verwaltung doch in materiellem Betrachte darauf Bedacht nehmen sollen, in der Art, wie es bei Pupillarverwaltungen üblich oder vorgeschrieben ist, das Vermögen sicher anzulegen und nutzbar zu machen. Anbelangend aber das Andere, so würde trotz aller Selbstständigkeit der Administration nicht bloß für den Fall wirklicher Malversationen, wie einer dolosen oder culposen Verwaltungsweise, die Betheiligten befugt sein, ein gerichtliches Einschreiten zu veranlassen, sondern es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß bei der mit M.'s Tode eintretenden Endschaft ihrer Verwaltung die Administratoren denjenigen Personen, an welche dann das Vermögen auszuantworten ist, vollständige Rechnung zu legen auf

Grund der die Teſtaments-Executoren betreffenden, von dem Curator geltend gemachten Vorſchrift in

Reform. IV. 11. § 3.

verbunden ſein werden. Daraus folgt aber keineswegs, daß ſie während laufender Adminiſtration, noch daß ſie dem M., oder daß ſie den Gerichten zu jährlich wiederkehrendem Ausweiſe über die Capitals-Anlegung und Nutzbarmachung verbunden und deßfallſigen Weiſungen Folge zu geben ſchuldig ſeien, und es waren mithin Appellanten auf Grund der durch das Teſtament ihnen dem M. gegenüber angewieſenen Stellung und zu Wahrung der ihnen gebührenden Adminiſtrations-Selbſtſtändigkeit allen den, wenn auch nur mittelbaren und formellen Beſchränkungen Widerſpruch entgegenzuſetzen befugt, welche als Folge der neben und trotz jener teſtamentariſchen Vermögens-Adminiſtration gerichtsſeitig beliebten cura prodigi dem Appellaten als nothwendig und unbedenklich erſchienen und zu richterlicher Anerkennung und Injunction in den angefochtenen Beſcheiden der vorderen Inſtanzen gelangten.

Unter Aufhebung derſelben mußte es daher lediglich bei demjenigen Anerbieten und Zugeſtändniſſe belaſſen werden, welches im Einklang mit dem bisher ſchon gegenüber dem M. beliebten Verhalten auch für die Dauer der cura prodigi im Verhältniß zum Curator die Appellanten in Bezug auf Ausweis über die Zinſen-Erhebung und Verwendung gemacht haben.

85.

Carl Loos in Darmstadt, Kläger gegen **Franz Balon** dahier, Beklagten, wegen Entschädigungsforderung, jetzt geführten Legitimationsbeweis.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 9. Juli 1855.

In Erwägung, daß

1) aus dem Attest der Bürgermeisterei zu Darmstadt sich ergibt, daß Kläger seit dem im März 1849 erfolgten Ableben seines Vaters Andreas Loos das Geschäft desselben betreibt, und aus der Erklärung derjenigen seiner Geschwister, resp. deren rechtlichen Vertreter, — welche in Darmstadt domicilirt sind, die Uebertragung des Geschäfts des Andreas Loos auf den Kläger zu entnehmen ist, hierdurch aber in Verbindung mit dem bei den polizeigerichtlichen Acten befindlichen Schreiben der Großherzoglich hessischen Ober-Baudirection vom 21. October 1852, sowie mit pos. V. des Attestes des Stadtgerichts zu Darmstadt vom 21. Februar 1855, und in Berücksichtigung des Umstandes, daß die von Andreas Loos hinterlassene Wittwe gestorben ist, und daß Beklagter nicht zu behaupten vermag, daß der klägerische Besitz des väterlichen Geschäftes und Firma von irgend einem der Erben des Andreas Loos beanstandet worden sei, die Activlegitimation des Klägers nothdürftig erwiesen erscheint, wenngleich derselbe von Seiten der Rechtsnachfolger seiner verstorbenen, in Coblenz domicilirt gewesenen Schwester und seines nach Amerika ausgewanderten Bruders eine gehörige Erklärung nicht beigebracht hat;

— — — — — — — — — — — — —

wird zu Recht erkannt:

1) die Activlegitimation des Klägers ist erwiesen.

— — — — — — — — — — — — —

Auf Appellation des Beklagten wurde die Entscheidung des Stadtgerichts durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 8. October 1855 bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. Mai 1856.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 8. October v. J. und das Stadtgerichts-Urtheil vom 9. Juli desselben, pos. 1, wie hiermit geschieht, dahin abzuändern sei,

daß die Activlegitimation des Klägers, unbeschadet des Fortgangs der Hauptsache, erst dann als erwiesen anzusehen, wenn Kläger entweder binnen einer geräumigen, vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist

die Einwilligung des nach Amerika gegangenen Johann Friedrich Loos zur Fortführung des väterlichen Geschäfts unter der väterlichen Firma „A. Loos" abseiten des Klägers

in beglaubigter Form beibringen, oder aber eidlich erhärten könnte und wollte:

daß sein nach Amerika gegangener Bruder Johann Friedrich Loos oder ein rechtlicher Vertreter desselben in die Fortführung des väterlichen Geschäftes unter der väterlichen Firma „A. Loos" von seiner, des Klägers, Seite eingewilligt habe.

Die Kosten des ersten Verfahrens werden ausgesetzt, die der beiden Appellations-Instanzen verglichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der dem Kläger rechtskräftig auferlegte Beweis, daß er zur Führung der Firma „A. Loos" auf den Alkoholometern allein berechtigt sei, ist von solchem nicht in der Weise geführt worden,

daß er die von ihm in Bezug genommene deßfallſige Autoriſation der Regierung mittelſt Beibringung des betreffenden Erlaſſes nachzuweiſen verſucht hätte, und weder das Atteſt der Bürgerrecißterei zu Darmſtadt vom 7. December 1854 und des Kreisamtes daſelbſt vom 21. Februar 1855, nach welchen Carl Loos das Geſchäft ſeines Vaters Andreas Loos nach deſſen Ableben in Fertigung mechaniſcher Inſtrumente fortbetreibt, noch das Atteſt des Stadtgerichts zu Darmſtadt vom 25. Februar 1855 Nr. V., noch das Schreiben der Großherzoglich heſſiſchen Ober-Baudirection vom 25. October 1852, welches den Zweck hat, die Rechte des Klägers bei den frankfurtiſchen Behörden zu ſchützen, ſind geeignet, den Nachweis eines dem Kläger von ſeiner Regierung auf alleinige Führung der Firma „A. Loos" ertheilten Privilegiums zu liefern. Es bedurfte doch deſſen nicht, ſobald der Uebergang der Firma ſammt dem Geſchäft des Vaters auf den Kläger im Wege des Erbganges dargethan ſein ſollte. Dieſer Beweis liegt faſt vollſtändig vor, da von den Geſchwiſtern Loos, resp. deren jetzigen Vertretern, mit Ausnahme des nach Amerika gegangenen Johann Friedrich Loos, unterm 23. resp. 27. Januar 1855 die Erklärung, daß ſie nach Ableben ihres Vaters Andreas ihrem Bruder Carl Loos die Fortführung des väterlichen Geſchäftes unter der väterlichen Firma „A. Loos" übertragen haben, mittelſt beglaubigter Namensunterſchriften vollzogen worden iſt. Sämmtliche, von dem Beklagten wider die beweiſende Kraft dieſes Documents erhobenen Einwendungen ſind unbegründet. Denn

1) daſſelbe darf nicht als ſchriftliche Zeugenausſage über ein früher unter den Erben abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft aufgefaßt werden, ſondern enthält vielmehr ein Geſtändniß derſelben, mittelſt deſſen ſie das Vorhandenſein eines Abkommens in Betreff gedachten Geſchäfts bekunden und von Neuem bekräftigen: mithin keine unzuläſſige und unvollſtändige ſchriftliche Zeugenausſage, ſondern eine ſchriftliche rechtliche Dispoſition. Mit Unrecht wird daher auch

2) vom Beklagten beanſtandet, daß für Julie Loos, deren zeitiger Vormund Chriſtian Loos, und nicht der ehemalige Vormund derſelben, Gymnaſiallehrer Rothnagel, ſowie, daß für Mathilde und Theodor Loos deren jetziger Vormund Jacob Möſer, und

nicht deren derzeit verstorbene Mutter und ehemalige Vormünderin Regine, geborne Sauer, das Document unterschrieben haben. Auch steht

3) die Behauptung, daß Letztere als Wittwe zur Fortführung des Geschäftes ihres Ehemannes berechtigt gewesen sei, mit dem Inhalte des stadtgerichtlichen Atteſtes, woselbst die Wittwe unter den gesetzlich zur Erbschaft des Andreas Loos berufenen Personen nicht mitgenannt ist, in Widerspruch. Nicht minder beruhen

4) die aus dem Mangel obervormundschaftlicher Einwilligung in Betreff der Unterschriften des Christian Loos und Jacob Möser entnommenen Einwendungen auf sich, da das Stadtgericht in seiner Eigenschaft als Erbschaftsgericht bekundet hat, daß von seiner Seite der gedachten Uebertragung der Firma kein Hinderniß entgegenstehe, und der Beklagte nicht zu behaupten vermocht hat, daß das Erbschafts- und das Vormundschafts-Gericht in Darmstadt verschiedene Behörden seien. Endlich konnten auch

5) die Einwendungen gegen die Unterschrift des Heinrich Thomas für seine verstorbene Ehefrau Maria, geb. Loos, nicht für begründet erachtet werden, da Beklagter weder im Stande gewesen ist, in Abrede zu nehmen, daß gedachte Ehefrau von ihren Kindern beerbt sei, noch daß dem Vater sein gesetzliches Nießbrauchsrecht an dem Vermögen seiner Kinder entzogen worden.

Dagegen fehlt dem Document allerdings die Unterschrift des Johann Friedrich Loos, welcher nach Amerika gegangen ist. Wenn nun gleich theils in dem von der Bürgermeisterei und dem Kreisamt bezeugten mehrjährigen offenkundigen Fortbetrieb des Geschäftes abseiten des Klägers, theils in der Willenserklärung der sämmtlichen übrigen Geschwister, resp. ihrer gesetzlichen Vertreter, erhebliche Momente dafür enthalten sind, daß auch Johann Friedrich Loos mit der in Rede stehenden Uebertragung einverstanden gewesen sein werde, so konnte gleichwohl bei dem ausdrücklichen Widerspruch des Beklagten der dem Kläger auferlegte Beweis nicht für vollständig erbracht erachtet werden. Vielmehr war dem Kläger, wozu sich derselbe auch eventuell ausdrücklich erboten hat, die Nachlieferung gedachter Einwilligung oder der aus dem Urtheil ersichtliche Erfüllungseid alternativ aufzulegen. Der Fortgang des Rechtsstreites in

der Hauptſache durfte jedoch von der Erledigung des Legitimationspunktes nicht abhängig gemacht werden, und hat für den Fall, daß Kläger das Atteſt ſeines Bruders aus Amerika herbeizuſchaffen außer Stande ſein, oder ſofort, resp. ſpäter den ihm auferlegten Erfüllungseid abzuleiſten Bedenken tragen ſollte, in Anſehung der Frage, welchen Einfluß gedachter Mangel auf die Hauptſache habe, dem richterlichen Ermeſſen bei Abgabe des Endurtheils nicht vorgegriffen werden ſollen.

Die Koſten des erſten Verfahrens waren bis zum Endurtheil auszuſetzen, die der höheren Inſtanzen, da der Beſchwerde des Beklagten zum Theil entſprochen werden mußte, zu vergleichen.

86.

Rhein-Schifffahrts-Assecuranz-Gesellschaft in Mainz, Klägerin gegen die **Frankfurter Actien-Gesellschaft für Rhein- und Main-Schifffahrt,** Beklagte, wegen einer Forderung von fl. 15,038. 2 kr.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. Februar 1855.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

3) in der Sache selbst zwar eine definitive Abweisung der Klage, auf Grund der in dieser Richtung vorgebrachten Einwendungen, nicht erfolgen kann, indem

a) der Inhalt der von der Klägerin producirten Entschädigungsquittungen nicht ausschließt, daß die Verunglückung der Waaren durch Verschulden von Seiten der Beklagten oder ihrer Dienstleute herbeigeführt worden sei,

b) der Einwand der Beklagten, daß sie bei Annahme des Schiffspersonals nur solche Schiffer berücksichtigt habe, welche die in der Rhein-Schifffahrts-Convention vom 31. März 1831 erforderten Eigenschaften besessen, unerheblich erscheint, weil die Beklagte, zufolge § 3 ihrer Statuten, Güter gegen Frachtlohn befördert, und daher für die von ihr zu diesem Zwecke verwendeten Schiffer selbst einzustehen hat,

c) ein besonderer Protest der Klägerin bei Annahme der havarirten Waaren und bei Anerkennung und Vollzug der von der Dispache-Commission getroffenen Vertheilung nicht erforderlich war, indem dieses durch die Sachlage gebotene Provisorium etwaige Entschädigungs-Ansprüche nicht ausschließen konnte,

d) von einem — ohnehin nur als möglich bezeichneten, nicht aber anerbotenen — Abandon des Schiffes ſchon darum die Rede nicht ſein kann, weil es ſich hier nicht von der Verſicherung des Schiffes, ſondern von den Verpflichtungen aus dem Frachtvertrage der mit dem Schiffe verführten Waaren handelt;

4) dagegen die Klage, wie ſie angebracht iſt, verworfen werden muß, indem

a) die allgemeinen Bedingungen, unter welchen die Beklagte Güter befördert, im § 3 ihrer gedruckten Frachtliſte lauten:

„ſie iſt nur für diejenigen Schäden verantwortlich, bei welchen ihr oder dem Schiffsperſonal eine Abſichtlichkeit oder ſchwere Verſchuldung dargethan wird,"

b) von der Klägerin jetzt — im Protocoll vom 26. Januar l. J. — zugeſtanden iſt, daß die fraglichen Güter nach dem Formular [19], alſo mit Hinweiſung auf die vorerwähnten Bedingungen verladen worden,

c) wenn auch das Recht der hieſigen Stadt als das des Ortes der Vertragserfüllung hier nicht, ſondern die niederländiſche Geſetzgebung maaßgebend wäre, dieſe doch nach Inhalt der von der Klägerin angezogenen Stellen die Zuläſſigkeit einer Vereinbarung wie die vorerwähnte nicht ausſchließen würde,

d) die Klägerin aber eine Abſichtlichkeit oder ſchwere Verſchuldung der Beklagten oder deren Schiffsperſonals bei Untergang der fraglichen Waaren überall nicht ſubſtanziirt hat,

wird für Recht erkannt:

1) Klägerin hat binnen 14 Tagen nachzuweiſen, daß Friedrich Gerbel hieſiger Bürger ſei, oder anderweite Caution bis zum Betrage von fl. 150 zu leiſten, bei Vermeidung der Abweiſung angebrachtermaaßen und der Verurtheilung in die Koſten;

2) Klägerin wird mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abgewieſen und iſt ſchuldig, der Beklagten die verurſachten Prozeßkoſten zu erſtatten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 4. Mai 1855.

Auf Appellation beider Partheien

wird zu Recht erkannt:

I. Die Abweisung der Klage angebrachtermaaßen ist mit den in dem unterrichterlichen Erkenntniß entwickelten, in gegenwärtiger Instanz nicht widerlegten Gründen vollkommen gerechtfertigt.

II. Eine Beweisauflage, wie solche in der zweiten klägerischen Beschwerde beantragt wird, erscheint überflüssig, da, wenn einmal feststeht, daß die Frachtbriefe nach dem Schema [19] ausgefertigt worden sind, damit auch angenommen werden muß, daß die Unterzeichner die von der Gesellschaft festgesetzten Bedingungen, auf welche der Frachtbrief ausdrücklich Bezug nimmt, allerdings gekannt, oder dabei eine Nachlässigkeit geübt haben, die denselben nunmehr nicht zu Statten kommen kann.

III. Die Klägerin konnte zu einem Beweise des in der Klage angeblich enthaltenen Klaggrundes, der in seiner unbestimmten Fassung verbis

„sie ließ den Schleppkahn sinken"

weder den Vorwurf der Absichtlichkeit, noch den der schweren Verschuldung klar ausspricht, nicht zugelassen werden, ebenso wenig aber auch zu dem Beweise der in der Replik, welche ohnehin selbst nicht einmal thatsächlich substanziirt worden, veränderten Klage.

IV. Eine Aussetzung des Kostenpunkts erscheint mit der nothwendig gewordenen Abweisung der Klage, wenn dieselbe auch nur angebrachtermaaßen geschehen konnte, unvereinbar.

Es konnte übrigens diese Abweisung

V. nicht, wie die erste Beschwerde der Beklagten beantragt, eine definitive sein, da keine der fünf Einreden, auf deren Grund hin diese völlige Abweisung begehrt wird, schon jetzt ein solches Erkenntniß rechtfertigen würde, woraus

denn aber auch von selbst folgt, daß bei fehlendem Klagegrund über diese Einreden nicht sofort zu erkennen, die Benutzung derselben vielmehr für den Fall einer anderweiten Klage vorzubehalten war.

Diesemnach wird, unter Verwerfung der Beschwerden der Klägerin und der ersten Beschwerde der Beklagten, das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 2. Februar 1853 mit dem Anhange bestätigt, daß der Beklagten im Falle einer anderweiten abgeänderten Klage der Klägerin die Geltendmachung der in dem gegenwärtigen Rechtsstreit aufgestellten Einreden vorbehalten bleibt.

2) Von den Kosten der gegenwärtigen Instanz wird die Hälfte compensirt, während die andere Hälfte von der Klägerin der Beklagten zu erstatten ist.

3) Remittantur acta.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1856.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß — — das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. Mai v. J. und das des Strafgerichts vom 2. Februar v. J., soweit es dadurch bestätigt worden, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben.

Würde vielmehr die Klägerin in einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist, der Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht erweisen:

daß das am 28. September 1853 bei Rodenkirchen erfolgte Sinken des Schleppbootes Nr. 27 und die in Folge davon eingetretene Beschädigung der darin verladenen Güter durch schwere Verschuldung des Schiffspersonals der Beklagten herbeigeführt sei;

so erginge sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten erster Instanz weiter was Rechtens.

Die Kosten dieser Instanz und der vorigen Instanz sind zu compensiren, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Digitized by Google

Entſcheidungsgründe.

I. Die für die Entſcheidung der Sache präjudicielle Frage, ob dieſelbe nach § 3 der allgemeinen Bedingung der beklagten Geſellſchaft zu beurtheilen ſei, war unbedingt zu bejahen.

A. Die Gültigkeit der fraglichen Beſtimmung unterliegt keinem Zweifel, weder nach gemeinem, noch nach holländiſchem Rechte, ſo daß es hier ganz unerörtert bleiben kann, welches zur Anwendung zu bringen iſt.

Denn obwohl beide Rechte darin übereinſtimmen, daß ein Vertrag nicht contra bonos mores verſtoßen und gewiſſe abſolute, die publica utilitas bezweckende Rechtsregeln nicht aufheben darf, ſo bedarf es doch keiner näheren Auseinanderſetzung, daß die Rechtsbeſtimmung, wonach der Schiffer aus den von ihm geſchloſſenen Contracten für omnis culpa haftet, und ſich von einer Erſatzpflicht nur durch den Beweis einer vis major befreien kann, nicht von der Art iſt, daß nicht die Haftungspflicht durch Privatwillkühr auf zu erweiſende culpa lata beſchränkt werden könnte. Denn nur für dolus nicht haften wollen, iſt unſittlich, und wie das öffentliche Wohl dabei intereſſirt ſein ſoll, wieweit der Schiffer für ſein Verſchulden hafte und wie die Beweislaſt vertheilt werde, iſt ſchwer einzuſehen. Vielmehr tritt hier der allgemeine Grundſatz ein, daß es den Partheien freiſteht, über die Präſtation der culpa,

L. 1. § 10. D. depositi.
L. 23. D. de R. J.

ſowie über die Beweislaſt beſondere, von der allgemeinen Rechtsregel abweichende Beſtimmungen zu treffen.

Auch iſt nicht nur die Klägerin den Nachweis ſchuldig geblieben, daß eine Beſtimmung wie die des § 3 nach holländiſchem und deſſen Quelle, dem franzöſiſchen Rechte ungültig ſei, ſondern die von der Beklagten in erſter Inſtanz beigebrachten, zum Theil weiter gehenden Bedingungen verſchiedener unter der Herrſchaft des holländiſchen, resp. des franzöſiſchen Rechtes beſtehender Geſellſchaften, ſowie die von ihr angeführten Präjudicate beſtätigen das Gegentheil.

Ferner

B. darf dieſer § 3 der Bedingungen auch in der gegenwärtigen Sache unbedenklich als normgebend zum Grunde gelegt werden.

Denn die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung in erſter Inſtanz ausdrücklich eingeräumt, daß die Frachtbriefe über die Waaren, für deren Havarie aus dem Rechte der Eigner Entſchädigung gefordert wird, nach dem gewöhnlichen Formulare der Beklagten ausgefertigt geweſen ſind. Wenn es nun in dieſen Formularen heißt:

> „Durch die Schiffe der Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Mainſchifffahrt empfangen Sie unter den von derſelben feſtgeſtellten Bedingungen die nachſtehend verzeichneten Güter, wofür Sie nach erfolgter Ablieferung die Fracht nach dem beſtehenden Tarife zu zahlen belieben,"

ſo können unter den hier in Bezug genommenen „Bedingungen" gar keine andere verſtanden ſein, als die unter der Frachtliſte der Beklagten abgedruckten, und folglich haben ſich die Unterzeichner der nach ſolchem Formular ausgefertigten Frachtbriefe dieſen Bedingungen, mithin auch dem § 3 unterworfen, indem es nun ſo angeſehen werden muß, als ſeien dieſe Bedingungen dem Frachtbriefe inſerirt. Und die Klägerin kann nicht verlangen, daß von der Beklagten noch erſt die Bekanntſchaft der Unterzeichner mit dieſen Bedingungen erwieſen werde, indem die Nichtkenntniß derſelben auf Seiten der Ablader, wie das Appellationsgericht mit Recht bemerkt, eine Nachläſſigkeit ſein würde, auf die ſich Letztere nicht würden berufen können, und alſo auch nicht die Klägerin, welche aus deren Rechte klagt. Denn wenn dieſe einwendet, daß die Unterzeichner der Frachtbriefe unter den darin in Bezug genommenen Bedingungen füglich den Tarif hätten verſtehen können und wirklich verſtanden hätten, ſo iſt dieß um ſo weniger zu berückſichtigen, als des Tarifs je in demſelben Satze in Beziehung auf die zu zahlende Fracht beſonders gedacht iſt.

Iſt aber der § 3 der Bedingungen in dieſem Falle maßgebend, ſo iſt

C. nach Inhalt deſſelben anzunehmen, daß ein Anſpruch gegen die Beklagte wegen Beſchädigung oder Untergangs der von ihr zur

Beförderung übernommenen Waaren nur auf Argliſt oder ſchweres Verſchulden der Beklagten oder derjenigen Perſonen, für deren Handlungen ſie haftet, gegründet werden kann und von der Klägerin der Beweis dieſes Klagfundamentes übernommen werden muß.

Wenn hiernach die erſte Beſchwerde, ſoweit ſie dahin geht, daß nicht der Beklagten der Beweis eines casus als Urſache der eingetretenen Havarie auferlegt ſei, und ebenſo die zweite Beſchwerde völlig unbegründet iſt, ſo waren dagegen die vorigen Erkenntniſſe, inſofern ſie

II. die Klage angebrachtermaaßen abgewieſen haben, wieder aufzuheben und vielmehr auf Beweis des Klaggrundes zu erkennen, inſoweit alſo der erſten und dritten Beſchwerde der Klägerin Statt zu geben.

Die erkannte Abweiſung angebrachtermaaßen läßt ſich, ſoweit ſie hier in Frage ſteht, nur auf doppelte Weiſe begründen: einmal weil eine unſtatthafte Klagänderung vorliege, zweitens weil es der an ſich richtigen Klage an der erforderlichen Subſtantiirung fehle. Letzteres iſt vom Stadtgerichte, Beides vom Appellationsgerichte geltend gemacht.

Nun aber iſt

A. eine unzuläſſige Klagänderung nicht vorhanden. Wenn es nämlich in der ganz allgemein auf den Frachtcontract ſich gründenden Klage heißt, die Beklagte habe, ſtatt die ihr übergebenen Waaren den Adreſſaten zu übermitteln, den Schleppkahn am 28. September bei Rodenkirchen ſinken und ſämmtliche Waaren Havarie leiden laſſen, ſo läßt dieſe Faſſung der Klage es nur zweifelhaft, ob ein abſichtliches oder ein culpoſes Verfahren behauptet worden ſei. Die Worte ſchließen in ihrer Allgemeinheit Beides in ſich, ſchließen dagegen die Behauptung eines caſuellen Untergangs des Schiffes aus. Nun geſtattet aber das Frankfurter Recht dem Kläger, ſeine Klage, auch nach der Litiscontеſtation, da es die Nothdurft erfordert, zu declariren, ſofern es nur unbeſchadet derſelben Subſtanz in narratis und der endlichen Petition geſchieht.

Reform. I. 17. § 6.

Dieß und nichts weiter hat die Klägerin gethan, indem ſie, nachdem die Beklagte excipiendo das in § 3 ihrer Bedingungen

enthaltene Pactum geltend gemacht, in ihrer Replik für den Fall, daß es zur Begründung ihrer Klage für nöthig erachtet werde, die Behauptung aufstellte, daß eine schwere Verschuldung der Beklagten und ihres Schiffspersonals vorliege.

An den narratis und dem Petitum ihrer Klage hat sie hierdurch nichts geändert, sondern nur ihre zu allgemein gefaßte Klage dahin declarirt, daß sie dieselbe nicht auf einen dolus, sondern nur auf ein schweres Verschulden gründen wolle.

Was aber

B. die Substantiirung der solchergestalt declarirten Klage betrifft, so war zwar allerdings mit den vorigen Richtern anzunehmen, daß solche, soviel das behauptete schwere Verschulden der Beklagten selbst betrifft, nicht vorhanden, indem ein an sich schon schwer abzusehender Causalzusammenhang zwischen dem Untergange des Schiffs und einem Handeln oder Unterlassen der Beklagten selbst auch nicht entfernt angedeutet ist.

Anlangend dagegen ein Verschulden des Schiffspersonals, so mußte, da hier ein solcher Zusammenhang der Natur der Sache nach an sich sehr wohl möglich ist, den Umständen nach die allgemeine Behauptung eines Verschuldens in der Klage für geeignet erachtet werden, indem es nun Sache der Klägerin sein wird, in dem von ihr anzutretenden Beweise näher anzugeben, worin das Verschulden bestanden hat.

Es fragt sich daher nur noch

III. ob nicht etwa die weiteren Einwendungen der Beklagten, soweit sie dieselben verfolgt hat, entweder zu einer vorläufigen oder einer definitiven Zurückweisung der Klage führen.

Die Klägerin hat auf Wiederherstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses, soweit es diese Einwendungen verworfen hat, angetragen. Die Beklagte dagegen verlangt, daß für den Fall, daß die von beiden vorigen Instanzen erkannte Abweisung der Klage angebrachtermaaßen aufgehoben werden sollte, ihrer Principal-Beschwerde in voriger Instanz Statt gegeben werde, welche dahin geht, daß die Klage nicht entweder aus dem Grunde der Einrede der Excussion zur Zeit, oder aus dem Grunde der weiteren dort angegebenen

Einreden definitiv zurückgewiesen sei. — Allein diesem Antrage war nicht Statt zu geben, indem vielmehr die Einwendungen sämmtlich für verwerflich erachtet werden mußten.

A. Die Beklagte vermeint für eine etwa vorgekommene schwere Verschuldung deßhalb nicht zu haften, weil sie nur für culpa in der Auswahl oder Beaufsichtigung ihres Personals aufzukommen brauche, und darin die größte Vorsicht beobachtet habe. Allein schon dem § 3 ihrer Bedingungen gegenüber erscheint dieser Einwand ganz unbegründet, da sie in diesem Paragraph ganz allgemein verspricht, für diejenigen Schäden zu haften, bei welchen nicht nur ihr, sondern auch *ihrem Schiffspersonale* eine Absichtlichkeit oder schwere Verschuldung dargethan werde. Dieses Versprechen wäre ein ganz illusorisches, wenn sie sich von der Haftungspflicht durch den obigen Einwand befreien könnte. Es braucht daher nicht noch hingewiesen zu werden, daß auch gemeinrechtlich die Haftungspflicht des Rheders für die Versehen des Schiffers eine unbedingte ist:

L. 1. § 2. D. de exercit. act.,
§ 3. J. de obligat. quae quasi ex delicto.
Tit. D. nautae cauponis.

und daß das Gleiche auch nach holländischem Rechte stattfindet.

B. Die Beklagte wendet ein, ihre Haftungspflicht sei keine unbeschränkte, indem sie sich eventualiter durch Abandon des Schleppkahns oder dessen Werths in beschädigtem Zustande und der Frachtgelder befreien könne. — Allein es kommt hier jedenfalls in Betracht, daß die Beklagte vom sogenannten Abandon noch nicht wirklich Gebrauch gemacht, sondern das Recht darauf nur eventualiter, d. h. für den Fall, daß die Klägerin eine schwere Verschuldung beweisen und eine Verurtheilung erfolgen sollte, sich vorbehalten hat.

Wenn die Beklagte

C. vermeint, jeder Anspruch der Klägerin sei dadurch erloschen, daß diese die havarirten Waaren, sowie die Destinatäre die unbeschädigten ohne Protest entgegengenommen und Letztere die Fracht direkt bezahlt und die Dispache anerkannt haben, so verdient das keine weitere Widerlegung, als die schon im Stadtgerichts-Erkenntnisse sich findende.

D. Die Beklagte nimmt endlich kraft „gemeinen Rechts“ das beneficium excussionis in Beziehung auf die etwa ſchuldigen Schiffer in Anſpruch. — Allein dem ſteht entgegen,

1) daß es ein gemeines Seerecht, welches ſolches beneficium gewährt und den Rheder nur ſubſidiär haften läßt, nicht gibt, indem vielmehr die einzelnen Seerechte hierin von einander abweichenden Principien folgen;

Juriſt. Abhandl. I. S. 467 und 468.

2) daß der mehrgedachte § 3 der Bedingungen der Beklagten von einer ſolchen nur ſubſidiären Haftungspflicht der Beklagten nichts beſagt.

Es mußte daher der Klägerin ein Beweis ſo, wie im Urtheile enthalten iſt, nachgelaſſen und bei ſolchergeſtalt ergehender Reformatoria in der Hauptſache, auch ſoviel die Koſten betrifft, die Ausſetzung der der erſten, ſowie die Compenſation der der beiden Appellationsinſtanzen verfügt werden.

87.

Württembergiſche Transport-Verſicherungs-Geſellſchaft zu Heilbronn, Klägerin gegen die **Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt,** Beklagte, wegen einer Forderung von fl. 13,038. 13 kr.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1856.

Wegen der Gründe des in obiger Sache abgegebenen reformatoriſchen Erkenntniſſes werden die Partheien lediglich auf die Entſcheidungsgründe in Sachen der Rheinſchifffahrts-Aſſecuranz-Geſellſchaft in Mainz wider dieſelbe Beklagte verwieſen, weßhalb die Klägerin eine Abſchrift derſelben hierneben zu empfangen hat.

88.

See-, Fluß- und Land-Transport-Verſicherungs-Geſellſchaft Agrippina in Cöln, Klägerin, gegen die **Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt**, Beklagte, wegen einer Forderung von fl. 27,771. 23 kr.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1856.

(Siehe zu Nr. 87.)

89.

Niederrheiniſche Güter-Aſſecuranz-Geſellſchaft zu Weſel, Klägerin gegen die **Frankfurter Actien-Geſellſchaft für Rhein- und Main-Schifffahrt**, Beklagte, wegen einer Forderung von fl. 3630. 16 kr.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1856.

(Siehe zu Nr. 87.)

90.

Georg Ferdinand von Lepel, Kläger gegen **M. A. von Rothschild & Söhne,** Beklagte, wegen 17 Stück Partial-Obligationen des Freiherrlich von Greiffenclau'schen Anlehens.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Mai 1856.

Soviel

I. den sogenannten Reservefonds von fl. 6500 betrifft, so war

A. die principale Beschwerde der Beklagten, welche — — — im Wesentlichen dahin geht, daß nicht diese fl. 6500 den Inhabern der Partial-Obligationen gegenüber so behandelt seien, als wären sie den Anleihenehmern wirklich ausbezahlt, als unbegründet zu verwerfen.

1) Die Beklagten sind den Partial-Gläubigern gegenüber von dem Augenblick an, wo diese sich durch Uebernahme eines Theils der von Greiffenclau'schen Anleihe bei derselben betheiligten, als Mandatare oder Geschäftsführer zu behandeln. Denn einerseits heißt es in der Hauptschuldverschreibung der Herrn von Greiffenclau, diese hätten, nachdem sie sich entschlossen, ein Darlehen von fl. 130,000 aufzunehmen, die Herrn M. A. von Rothschild & Söhne ersucht und bevollmächtigt, sich für die Aufbringung dieses Darlehens zu verwenden, und da Letztere ihnen diese Summe verschafft, und an sie ausgekehrt, so ermächtigten sie dieselben, über die Summe von fl. 130,000 130 Stück Partial-Obligationen von fl. 1000 per Stück ausfertigen zu lassen und zu unterzeichnen, welche sodann pro rata den Werth der Hauptschuldverschreibung haben sollten. Hiernach ist es von Anfang an die Absicht der Herrn von Greiffenclau gewesen, direkt von den künftigen Inhabern der Partial-Obligationen ein Darlehen aufzunehmen, und sie haben sich dazu nur der Vermittelung der Beklagten

bedient. Andererſeits läßt ſich nicht bezweifeln, daß die Beklagten in Folge des ihnen von den Anleihenehmern ertheilten Auftrags, wie es in ſolchen Fällen immer geſchieht, eine Aufforderung zur Betheiligung bei dieſer Anleihe entweder öffentlich oder an ihre Geſchäftsfreunde haben ergehen laſſen. Indem ſie nun die Betheiligungserklärungen acceptirten, die entſprechenden Einzahlungen entgegennahmen oder creditirten, und demnächſt den einzelnen Theilnehmern die Partial-Obligationen, in welchen erklärt iſt, daß der Inhaber zu dem von den Beklagten negociirten Anlehen fl. 1000 baar beigeſchoſſen habe, nebſt einer Abſchrift der Hauptſchuldverſchreibung zuſtellten, traten ſie zu dieſen Theilnehmern in das Verhältniß von Mandataren. Kraft dieſes Mandatsverhältniſſes, welches auf die geſammte Geſchäftsführung bezüglich der fraglichen Anleihe ging, waren die Beklagten verpflichtet, die Herrn von Greiffenclau zu Darlehensſchuldnern eines Capitals von fl. 130,000, der Hauptſchuldverſchreibung gemäß, zu machen. Dieß haben ſie aber hinſichtlich des fraglichen Betrags von fl. 6500 unterlaſſen, indem ſie dieſen nicht ausbezahlt, ſondern zurückbehalten haben, und in Folge hiervon ſind ſie hinſichtlich dieſes Betrages mit ihrer als Geſchäftsführer der Partial-Gläubiger angeſtellten hypothekariſchen Klage von den naſſauiſchen Gerichten abgewieſen, und auch nach ausgebrochenem von Greiffenclau'ſchen Concurſe nicht zur Befriedigung aus dem Specialpfande zugelaſſen worden.

Jedenfalls aber

2) ſteht durch das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 27. Juni 1850 rechtskräftig feſt, daß die Beklagten als Geſchäftsführer der Partial-Gläubiger verpflichtet waren, durch Ausübung der ihnen zu dieſem Behuf in der Haupt-Obligation ertheilten Rechte aus dem Vermögen der Herrn von Greiffenclau die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der Zinſen und zur ſucceſſiven Rückzahlung des geſammten dargeliehenen Capitals herbeizuſchaffen. Hiernach müſſen ſie, auch wenn die Forderung auf die fl. 6500 gegen die Darlehensſchuldner an ſich eine rechtlich begründete geweſen ſein ſollte, die gänzliche Aberkennung derſelben durch die naſſauiſchen Gerichte den Partial-Gläubigern gegenüber unbedingt gegen ſich gelten laſſen, indem ſie die Behauptung, daß

dieſe Aberkennung injuria judicis geſchehen ſei, gar nicht aufgeſtellt, ebenſo wenig aber irgend nachgewieſen haben, daß alle zur Durchſetzung des Anſpruchs erforderlichen Schritte von ihnen gethan worden ſeien, und daher angenommen werden darf, daß der Verluſt lediglich durch ihre Schuld eingetreten iſt.

Haben ſie nun aber, ſei es bei der Conſtituirung des Darlehens, ſei es durch ein Verſehen in Verfolgung ihrer Rechte, aus demſelben es herbeigeführt, daß den Partial-Gläubigern gegen die Anleihenehmer eine Forderung auf die fl. 6500 fehlt, ſo folgt daraus, daß die Beklagten denſelben perſönlich für dieſen Betrag aufkommen müſſen, und zwar für Capital und Zinſen.

Denn wenn die Beklagten ſich darauf berufen, und zu beweiſen ſich erbieten, daß die Einbehaltung dieſes Betrags mit Bewilligung der Herrn von Greiffenclau geſchehen, und derſelbe auch zeitweiſe im Dienſte der Anleihe verwendet ſei, ſo ſind dieſe Umſtände namentlich nach dem Grunde unter 2 den Partial-Gläubigern gegenüber ohne rechtliche Bedeutung. Ueberdieß hat das Stadtgericht bereits die Beklagten ermächtigt, ſoweit die behauptete Verwendung Statt gefunden hat, die verwendeten Beträge als Vorſchüſſe für die Herrn von Greiffenclau in Rechnung zu ſtellen.

Dagegen war

B. der zweiten Beſchwerde der Beklagten, welche dagegen gerichtet iſt, daß ſie ſchuldig erkannt ſeien, ſofort 6½ Partial-Obligationen der Anleihe zur Verloſung zu bringen, Statt zu geben.

Denn

1) nachdem der in der Haupt-Obligation zur gänzlichen Abtragung der Schuld mittelſt ſucceſſiver Ausloſung von Partial-Obligationen geſetzte Termin bereits mit dem Jahre 1852 abgelaufen, auch nach den Acten mit Sicherheit angenommen werden darf, daß alles den Beklagten durch die naſſauiſchen Gerichte wegen der Anleihe Zuerkannte längſt vollſtändig bei ihnen eingegangen iſt, ſo kann, auch abgeſehen davon, ob nicht ſchon der eingetretene Concurs dieſe Wirkung haben müſſe, von einer Verloſung von Partial-Obligationen überall nicht weiter die Rede ſein, ſondern nur von einer gleichzeitigen Vertheilung der, theils durch die Zahlungen aus dem von Greiffenclau'ſchen Concurſe, theils durch

das, was die Beklagten aus eigenem Vermögen erſetzen müſſen, gebildeten Maſſe unter die Inhaber der nicht bereits ausgeloſten Partial-Obligationen, und es iſt kein Recht des Klägers begründet, auf Ausloſung einzelner Obligationen mit der Wirkung anzutragen, daß er, falls von ſeinen Nummern gezogen werden ſollte, vermöge der den Beklagten bis zum Belaufe von fl. 6500 obliegenden vollen Entſchädigungspflicht vorzugsweiſe vor Anderen zum Vollen befriedigt werde, nicht zu gedenken, daß, da ein dahingehendes Erkenntniß anderen Gläubigern gegenüber keine res judicata erzeugen würde, die Beklagten der Gefahr ausgeſetzt wären, mehr als 6½ Obligationen zum vollen Werth auszahlen zu müſſen.

Vielmehr iſt Alles, was der Kläger verlangen kann, daß ſo, wie in dem gegenwärtigen Urtheile geſchehen, ſein Anſpruch auf die fl. 6500 pro rata ſeiner 17 Obligationen für Capital und Zinſen für liquide erkannt werde.

Deßgleichen war

C. die vierte Beſchwerde der Beklagten, daß ſie hinſichtlich der fl. 6500 ſchuldig erkannt ſeien, von den jeweilen verfallen geweſenen Zinsterminen Verzugszinſen zu entrichten, für durchaus begründet zu erachten.

Das Verbot, von Zinſen als ſolchen Zinſen zu fordern, iſt ein ganz unbedingtes, welches nur dann keine Anwendung leidet, wenn die Zinſen die Natur der res accessoria, der Früchte, verlieren und die eines Hauptſtuhls annehmen. Aus dieſer Ausnahme rechtfertigt es ſich vollkommen, daß nach den in den vorigen Urtheilen angeführten Geſetzesſtellen ein Vormund oder überhaupt ein Verwalter fremden Vermögens, wenn er Zinſen dieſes Vermögens, die er von einem Dritten erhebt, nicht ausbezahlt, ſondern im eigenen Nutzen verwendet, von dieſen Beträgen Zinſen bezahlen ſoll. Denn von dem Augenblick an, wo dieſe Zinſen bei ihm eingegangen ſind, nehmen ſie in ſeinen Händen die Natur eines Hauptſtuhls an. Auch läßt ſich viel dafür ſagen, wenn nach einer ziemlich verbreiteten Anſicht ein Vormund, welcher Zinſen, die er nicht als Vormund, ſondern ex mutuo dem Pupillen ſchuldet, von ſich ſelbſt zu erheben verſäumt, von dieſem Betrage Verzugszinſen zu zahlen verbunden ſein ſoll.

Glück, Erläuter. der Pand. Thl. 21. S. 120 und 121.

Denn wenn er dieſe Zinſen in ſeiner Eigenſchaft als Vormund erhoben hätte, ſo würden ſie in ſeinen Händen nicht mehr Zinſen geweſen ſein. Hiernach leidet es keinen Zweifel, daß die Beklagten alle auf die Anleihe bei ihnen eingegangenen Gelder, einerlei, ob Capital oder Zinſen, vom Tage des Eingangs den Partial-Gläubigern zu verzinſen verbunden ſind.

Allein ganz anders verhält es ſich in dem gegenwärtigen Falle. Die Beklagten ſchulden die fl. 6500 nebſt rückſtändigen Zinſen den Partial-Gläubigern in keiner andern Eigenſchaft, als in der ihrer Geſchäftsführer. Capital und Zinſen ſind ihnen von den naſſauiſchen Gerichten aberkannt. Sie haben hinſichtlich dieſes Betrags keine von den Herrn von Greiffenclau bei ihnen für die Partial-Gläubiger eingegangene Zinſen, ſtatt ſie dieſen zu bezahlen, im eigenen Nutzen verwendet: ſie Verzugszinſen von den einzelnen Zinsterminen zahlen zu laſſen, wäre daher unverkennbarer Anatocismus.

II. Hinſichtlich des Betrags von fl. 13,000, welcher aus der Proviſions-Forderung der Beklagten an die Herrn von Greiffenclau herſtammt, beſchwert ſich

A. der Kläger darüber, daß dieſer Betrag vom Appellationsgerichte nicht ebenſo wie die fl. 6500 behandelt worden ſei.

Was nun

1) die verlangte Ausſcheidung dieſer fl. 13,000 aus der Rechnung über die Anleihe und die ſeparate Verloſung von 13 Partial-Obligationen betrifft, ſo erledigt ſich dieſe Beſchwerde nach der Entſcheidung unter I. B. von ſelbſt. Denn wenn eine Verloſung überall nicht mehr einzutreten hat, ſo iſt die Ausſcheidung dieſes Betrags für den Kläger ohne alles Intereſſe, indem, wenn es hinſichtlich der unten zu erwähnenden Zwiſchenzinſen von 1843 — 1846 bei der Entſcheidung des Appellationsgerichts bleibt, dieſes von den naſſauiſchen Gerichten den Beklagten zuerkannte Capital den Partial-Gläubigern jedenfalls, es mag aus der Rechnung ausgeſchieden werden oder nicht, ſammt allen rückſtändigen Zinſen zu voll zu Gute kommt.

Ferner kann

2) insofern durch diese Beschwerde des Klägers auch bezüglich dieses Capitals Zuerkennung von Verzugszinsen von den einzelnen Zinsenterminen bezielt wird, auf die Ausführung unter I. C. Bezug genommen werden.

Dagegen war andererseits

3) die Beschwerde der Beklagten darüber, daß sie in dem vorigen Urtheil schuldig erkannt worden seien, die Zinsen der fraglichen fl. 13,000 vom 11. November 1843 bis 27. April 1846 zu ihren Lasten in die zu stellende Rechnung aufzunehmen, als völlig unbegründet nicht zu berücksichtigen.

Das auf die hypothekarische Klage unterm 3. August 1834 ergangene Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Wiesbaden hat den gegenwärtigen Beklagten den Besitz der Kellerei Vollrath's nur insoweit eingeräumt, um sich daraus für die Darlehensforderung bis zum Belaufe von fl. 110,500 Capital nebst Zinsen nach Abzug der Abschlagszahlungen von zusammen fl. 34,181. 14 kr. nach Maßgabe einer aufzustellenden Staffelrechnung zu befriedigen, dagegen die weiter eingeklagten fl. 6500 und fl. 13,000 ad separatum verwiesen. Nun haben die gegenwärtigen Beklagten im von Greiffenclauschen Concurse es zwar durchgesetzt, daß neben jener Forderung, welche laut der von ihnen aufgestellten Staffelrechnung am 28. Mai 1839 nur noch fl. 72,536. 46 kr. betrug, ungeachtet der von dem Contradictor opponirten Einrede des Zinswuchers,

Flach, Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Wiesbaden, II. S. 168 flg.

auch die Forderung von fl. 13,000 als durch die Haupt-Obligation vom 10. März 1823 mit begründet anerkannt worden ist. Hiernach hätten die bis 1839 geleisteten Abbezahlungen in einer neu zu formirenden Staffelrechnung auf die Zinsen nicht bloß der fl. 110,500, sondern auch dieser fl. 13,000 abgerechnet werden müssen. Gleichwohl ist dieß nicht geschehen, und es dadurch herbeigeführt worden, daß sie schon am 11. November 1843 das alterum tantum erreichten, und bis zum 27. April 1846, wo eine Abzahlung eintrat, nicht fortgelaufen sind. Nun haben aber die Beklagten nicht nur gar nicht nachgewiesen, daß und welche Schritte sie gethan, um

die Gleichſtellung der fl. 13,000 mit den fl. 110,500 auch in Anſehung der Zinſenberechnung zu bewirken, ſondern ſie haben ſich ſogar, wie ſich aus dem Erkenntniſſe des Concursgerichts vom 13. April 1842 ergibt, ausdrücklich damit einverſtanden erklärt, daß nach Maaßgabe des obgedachten Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniſſes vom 3. Auguſt 1834 die Staffelrechnung unter Zugrundlegung nur der Forderung von fl. 110,500 aufzuſtellen ſei. Hieraus folgt aber, daß die Beklagten als Mandatare der Partial-Gläubiger für den durch ihr culpoſes Verfahren entſtandenen Zinſenausfall Jenen perſönlich aufkommen müſſen.

III. Einen dritten Beſchwerdepunkt bilden die beiden vom Stadtgericht unter Nr. 5 ſeines Erkenntniſſes dem Kläger nachgelaſſenen und in voriger Inſtanz beſtätigten Beweiſe, indem die Beklagten mittelſt ihrer dritten Beſchwerde zunächſt die Streichung beider Beweiſe, eventuell eine angemeſſenere Faſſung des erſten verlangen.

Dieſer Beſchwerde konnte nun

A. hinſichtlich des erſten Beweiſes, daß Beklagte ihm (dem Kläger) die Zuſage gemacht, er ſolle keinen Kreuzer verlieren,

1) in ihrem principalen Theile nicht Statt gegeben werden. Die hier zum Beweiſe geſtellte Behauptung iſt nämlich

a) kein nachgeſchobener neuer Klaggrund, ſondern eine wirkliche Replik. Der in der Klage enthaltenen Behauptung eines pflichtwidrigen Verfahrens der Beklagten ſtellten dieſe, indem ſie ein Verſchulden ihrerſeits läugneten, und den Kläger für verpflichtet erklärten, alle durch die naſſauiſchen Gerichte erfolgten Abminderungen der Darlehensforderung gegen ſich anzuerkennen, zugleich den Einwand des eigenen Verſchuldens des Klägers entgegen, indem derſelbe, wozu er als Inhaber von Partial-Obligationen das Recht gehabt, unterlaſſen habe, bei eingetretener Stockung in den obligationsmäßigen Leiſtungen ſelbſt klagend gegen die Schuldner einzuſchreiten. Und hierauf erwiderte nun replicando der Kläger, daß er ſolche Schritte allerdings habe thun wollen, aber von den Beklagten, namentlich ihrem damaligen Chef M. A. von Rothſchild, mit der Bitte, ihm Alles zu überlaſſen, und unter der Zuſicherung, er ſolle keinen Kreuzer verlieren, davon abgehalten worden ſei, indem der Kläger

nun dieſe Garantie dafür geltend machte, daß die Beklagten für den günſtigen Erfolg der von ihm ergriffenen Maaßregeln einſtehen müßten und dem Kläger keine Verluſte anſinnen durften, ſo daß dieſe Behauptung füglich ſich als Replik, ſowohl gegen die exceptio propriae culpae, als auch gegen die Einrede der vom Kläger, mit zu tragenden Abminderungen der Darlehensforderung auffaſſen läßt.

Auch iſt

b) dieſe Behauptung keineswegs, wie die Beklagten meinen, zu vague, ſondern mit der erforderlichen Beſtimmtheit und Specialität aufgeſtellt.

Zugleich ergibt ſich aber

2) allerdings die Nothwendigkeit, ſie, dem eventuellen Antrage der Beklagten gemäß, auch in dieſer ihrer Specialität ſo, wie im Urtheile geſchehen, zum Beweiſe zu verſtellen.

Anlangend dagegen

B. den zweiten, dem Kläger nachgelaſſenen Beweis,

daß durch die von den Beklagten im Jahre 1825 unterlaſſene Hypothekenklage ihm ein Schaden und in welchem Betrage entſtanden ſei,

ſo war hier dem Antrag auf völlige Streichung des Beweiſes Statt zu geben.

Denn es fehlt in den Vorträgen des Klägers an jeder dahin gehenden Behauptung. Zwar hat er geltend gemacht, die Beklagten hätten gleich bei der erſten Stockung (1824) gegen die Herrn von Greiffenclau klagen müſſen, und weil ſie ſtatt dieß zu thun, die ohne Wiſſen der Partial-Gläubiger einbehaltenen fl. 6500 zu den obligationsmäßigen Zahlungen mitverwendet und dadurch die Partial-Gläubiger über den wahren Stand der Sache getäuſcht haben, ſo ſeien ſie ſchon deßhalb verpflichtet, allen etwa entſtandenen Nachtheil ſelbſt zu tragen. Dagegen hat er nirgends behauptet, daß und wie aus jener Unterlaſſung der Beklagten ein Schaden entſtanden ſei. Auch liegt in der That das Gegentheil ſchon jetzt klar vor, indem Verluſte, inſoweit ſie eintreten und nicht nach der obigen Ausführung perſönlich von den Beklagten gedeckt werden müſſen, nicht durch Inſolvenz der Schuldner, ſondern durch Entſcheidungen der naſſauiſchen Gerichte herbeigeführt ſind, von denen

nicht anzunehmen ſteht, daß ſie bei früherer Klagerhebung anders ausgefallen ſein würden.

IV. Die Beklagten begehren mittelſt ihrer ſechsten und ſiebenten Beſchwerde, daß die in Beziehung auf die in ihrer Rechnung den Partial-Gläubigern zur Laſt gebrachten Prozeßkoſten vom Appellationsgericht erkannten Beweiſe aufgehoben und in dieſem Punkte das Stadtgerichts-Erkenntniß wiederhergeſtellt werde.

Dieſem Antrage konnte jedoch nicht deferirt werden. Denn

A. die beiden Advocatur-Rechnungen, von denen es ſich handelt, ſtammen aus den Jahren 1830 und 1831, während der von Greiffenelau'ſche Concurs erſt im Jahre 1839 ausgebrochen iſt. Gleichwohl hat das Stadtgericht die fraglichen Koſten als im Concurſe entſtanden behandelt und nach Verhältniß der von den Beklagten in dieſem Concurſe theils für Rechnung der Partial-Gläubiger, theils für eigene Rechnung profitirten und liquidirten Forderungen zwiſchen den Partial-Gläubigern und den Beklagten vertheilt. Ferner

B. hat das Appellationsgericht ſchon jedenfalls inſofern zu günſtig für die Beklagten erkannt, als der Kläger billig mit jedem Beweiſe hätte verſchont werden ſollen. Erwägt man nämlich, daß die Rechte der Darleiher an der Specialhypothek, der Kellerei Vollrath's, in der Hauptſchuldverſchreibung ſehr klar und bündig ausgedrückt und durch die gerichtliche Immiſſion in die Renten der Kellerei geſichert waren, ſo läßt ſich kaum bezweifeln, daß, wenn die Beklagten ſich in Beziehung auf die Auszahlung des Darlehens und die Verfolgung deſſelben nichts hätten zu Schulden kommen laſſen, die gerichtliche Geltendmachung jener Rechte auf ſolche rechtliche Hinderniſſe nicht hätte ſtoßen können, welche eine Compenſation der Koſten zur Folge gehabt hätten. Und mithin iſt es, wenn man auch nicht ſo weit gehen will, den Beklagten die Forderung auf Erſatz der fraglichen Koſten ohne Weiteres abzuerkennen, doch jedenfalls Sache der Beklagten, näher nachzuweiſen, daß der fragliche Koſtenaufwand für Rechnung der Partial-Gläubiger nicht habe abgewendet werden können, und es mußte daher bei dem Beweiſe sub 4 an ſich nur deßhalb ſein Verbleiben behalten, weil der Kläger ſeinerſeits ſich dabei beruhigt hat.

Anlangend aber

C. den den Beklagten auferlegten Beweis sub 5, so erscheint dieser um so mehr gerechtfertigt, als das erste in dem Prozesse der Beklagten gegen die Herrn von Greiffenclau ergangene Erkenntniß des Amtes Rüdesheim, von welchem die gegenwärtigen Acten Kunde geben, vom 6. September 1833 datirt, es mithin völlig dunkel ist, wodurch schon 1830 und 1831 Prozeßkosten zum Belaufe von fl. 441. 14 kr. entstanden sein können, welche auf die Anleihe sich beziehen, wie denn auch der Kläger gleich Anfangs mit Recht den Mangel aller Belege gerügt hat.

Da übrigens auch die vorigen Richter von der unrichtigen Annahme ausgegangen sind, als handle es sich hier, wenn auch nur theilweise von im Concurse entstandenen Kosten, und diese Annahme auch auf die Fassung der Beweise influirt hat, so mußte es als angemessen erscheinen, die Fassung beider Beweise so, wie im Urtheil geschehen, zu berichtigen.

V. Die Grundlosigkeit endlich der achten Beschwerde der Beklagten, dawider gerichtet, daß das Appellationsgericht, abweichend vom Stadtgericht, ihnen den Anspruch auf Ersatz der Unkosten für Verlosung der Obligationen, neue Zinscoupons, Insertionsgebühren und auf ½ pCt. Provision aberkannt hat, ist völlig klar.

Ausgemachten Rechtens ist es, daß bei Darlehen der Gläubiger sein Capital unverkürzt wieder zu empfangen und auch die versprochenen Zinsen ohne Abzug zu erhalten hat, und daß alle mit der Auszahlung an dem verabredeten Zahlungsorte verbundenen Kosten von dem Schuldner zu tragen sind. Dem entsprechend heißt es denn auch in der vorliegenden Hauptobligation, es sollten die in Gemäßheit derselben zu leistenden Zahlungen in Frankfurt auf Gefahr und Kosten der Schuldner erfolgen, und somit können die hier fraglichen Kosten den Partial-Gläubigern nicht zur Last gebracht werden. Zwar berufen sich die Beklagten in gegenwärtiger Instanz, während sie jene Verpflichtung der Schuldner einräumen, darauf, daß sie, die Beklagten, doch jedenfalls befugt gewesen seien, sich wegen der fraglichen Spesen durch die aus dem von Greiffenclau'schen Vermögen bei ihnen eingegangenen Gelder vorweg bezahlt zu machen. Allein hielten sie sich berechtigt, diese für

Rechnung der Herrn von Greiffenclau gehabten Spesen den Partial-Gläubigern zu kürzen, so hätten sie auch in dem gerichtlichen Verfahren vor den nassauischen Gerichten sich die empfangenen Gelder nur nach Abzug jener Spesen anrechnen lassen dürfen, was sie nicht gethan.

Die völlige Unanwendbarkeit des von den Beklagten geltend gemachten Artikel 48 der Frankfurter Wechsel-Ordnung von 1739 auf den vorliegenden Fall bedarf keiner Ausführung.

War sonach in der Hauptsache einerseits die Appellation des Klägers gänzlich und andererseits die Appellation der Beklagten in den meisten Punkten als unbegründet zu verwerfen, so erschien es angemessen, die Kosten dieser sowohl, als, unter Berücksichtigung der neunten Beschwerde der Beklagten, auch der vorigen Instanz, sowie im Urtheile geschehen, durchweg zu compensiren.

91.

Pflegamt des Verſorgungshauſes, Kläger wider den Baurath **Rudolph Burnitz,** jetzt deſſen Erben Beklagte, Schadensforderung wegen fehlerhafter Ausführung eines Baues, jetzt geführten Beweis betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 30. Juni 1854.

Die in dem Gutachten der Sachverſtändigen enthaltene Beantwortung der Fragen unter 4. a, b und c des Beſcheides vom 23. December 1853 bleibt gänzlich außer Betracht. Dieſe Fragen hätten die Sachverſtändigen nach Vorſchrift des gedachten Beſcheides nur im Falle der Bejahung der Fragen unter 4. a zu beantworten gehabt. Sie haben aber zu 4. a die darin enthaltenen Fragen:

1) ob einſtweilige Sprießung zur Verhinderung theilweiſen Einſturzes erforderlich geweſen,
2) ob zur Ausbeſſerung Durchzüge, welche auf Säulen getragen werden, nöthig geworden,

einſtimmig verneint, und zwar zu 2 mit dem Anhange, daß ja die Ausbeſſerung ohne Anwendung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden, bereits bewirkt ſei. In Uebereinſtimmung hiermit hat dann auch Kläger ſelbſt nachträglich zur Anzeige gebracht, daß zwar ſeiner Zeit zur Ausbeſſerung Durchzüge auf Säulen projectirt geweſen, daß aber „in der That bei der Reparatur Durchzüge, welche auf Säulen getragen werden, — gar nicht angewendet worden ſind," vielmehr etwas „ganz Anderes ausgeführt worden iſt."

Bei dieſer Sachlage trifft nicht die Sachverſtändigen der Vorwurf, daß ſie ſtatt der ihnen unter 4. a aufgetragenen Begutachtung ſich vielmehr darüber hatten ausſprechen ſollen, ob nicht der Kläger in irgend einer anderen Weiſe zu Schaden gekommen. Hierzu hatten

ſie nicht den geringſten Auftrag, und ihre Erörterung darüber wäre keiner Beachtung fähig geweſen. Dagegen fällt dem Kläger zur Laſt, daß er Anſprüche auf Koſtenerſatz für Anfertigung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden und eine Entſchädigung von fl. 6000 dafür, daß das Gebäude in Folge nothwendiger Durchzüge und Säulen verunſtaltet und entwerthet werde, überhaupt erhoben, ohne daß die Nothwendigkeit jener Maaßregel für ihn feſtſtand, noch mehr aber, daß er jene Anſprüche bis zu dieſem Moment proſequirt hat, obgleich jene Maaßregel von ihm gar nicht in Ausführung gebracht, ſondern eine völlig andere Abhülfe getroffen worden iſt. Nicht der Sachverſtändigen, ſondern ſeine Sache wäre es hiernach geweſen, von grundloſen Anſprüchen Umgang zu nehmen und dagegen etwaige ſonſtige Schäden, welche ihm in Folge der Anwendung des geſprengten Gebälkes entſtanden, ordnungsmäßig zu liquidiren, wie ihm dieß durch die Declaration im Erkenntniſſe des Appellationsgerichts vom 18. December 1848 vorbehalten iſt.

Aus dieſen Gründen wird für Recht erkannt:

Kläger wird ab- und zur Ruhe gewieſen mit den Anſprüchen

1) auf Koſtenerſatz für einſtweiliges Sprießen zur Verhinderung theilweiſen Einſturzes,

2) auf Ausbeſſerung mittelſt Anwendung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden,

3) wegen einer Entwerthung des Hauſes um fl. 6000 in Folge der Anwendung von Durchzügen, die auf Säulen getragen werden.

Derſelbe hat den Beklagten die verurſachten Prozeßkoſten zu erſtatten.

Es bleibt ihm überlaſſen, ſonſtigen Schaden, der ihm in Folge der Anwendung des geſprengten Gebälkes entſtanden, ordnungsmäßig zu liefern.

Vorſtehendes Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 13. September 1854 mit einer Aenderung hinſichtlich des Koſtenerſatzes beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 26. Juni 1856.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 13. September 1854 und das dadurch bestätigte Stadtgerichts-Erkenntniß vom 30. Juni desselben Jahres, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern:

I. daß der Kläger mit seinem Anspruch auf Kostenersatz für die in Folge der Anwendung des gesprengten Gebälks nothwendig gewordene Ausbesserung nicht zur besonderen Ausführung zu verweisen, vielmehr soviel für dargethan zu erachten, daß die in dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 16. Nov. 1853 bezeichneten Senkungen durch Anwendung des gesprengten Gebälkes entstanden und eine Reparatur zu ihrer Beseitigung nothwendig geworden sei,

und die ernannten Sachverständigen nunmehr unter Mittheilung der Acten anzuweisen seien;

1) auf Grund einer nach Anhörung beider Partheien ihnen zu ertheilenden specielleren Instruction weiter darüber sich gutachtlich zu äußern:

auf welche Weise die nothwendige Reparatur im Interesse beider Theile am richtigsten zu beschaffen gewesen, und ob insbesondere die wirklich vorgenommene Reparatur als eine angemessene anzuerkennen sei,

sowie

2) ihr abgegebenes Gutachten unter c dahin zu berichtigen und beziehungsweise zu ergänzen, daß

a) der Minderbetrag der Kosten des gesprengten Gebälkes, nach Maaßgabe des Ober-Appellationsgerichts-Erkenntnisses vom 21. December 1850, nur mit dem früheren, vom Kläger genehmigten Anschlag für ein volles Gebälk in Vergleich zu setzen;

b) über die Erinnerung des Klägers in seiner Erklärung [116] sub II. 2 die erforderliche Erläuterung zu ertheilen und geeigneten Falles ihr abzuhelfen sei,

darauf aber weitere Entscheidung in erster Instanz zu erfolgen habe;

II. daß dem Kläger vorzubehalten sei, die Kosten der im Jahre 1844 oder 1845 von dem ursprünglich Beklagten selbst angeordneten Sprießung im Magazin und im Betsaal im künftigen Liquidationsverfahren den Beklagten in Anrechnung zu bringen;

III. daß die Kosten erster Instanz auszusetzen, die der vorigen aber zu compensiren seien.

Und wird die Sache nunmehr, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die vorigen Gerichte haben den Kläger mit seinem Anspruche

1) auf Kostenersatz für einstweiliges Sprießen zur Verhinderung theilweisen Einsturzes;
2) auf Ausbesserung mittelst Anwendung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden;
3) wegen einer Entwerthung des Hauses um fl. 6000 in Folge der Anwendung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden,

abgewiesen, und ihm überlassen, sonstigen Schaden, der ihm in Folge der Anwendung des gesprengten Gebälks entstanden, ordnungsmäßig zu liquidiren. — Sie gehen hierbei von der Ansicht aus, daß es sich im gegenwärtigen Verfahren lediglich um Vergütung desjenigen Schadens handle, der dem Kläger in Folge der Anwendung des gesprengten Gebälkes bei dem fraglichen Bau dadurch entstanden, daß zur Verhinderung theilweisen Einsturzes einstweilige Sprießung und demnächst eine Ausbesserung unter Aubringung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden, nothwendig geworden, und nehmen an, daß, da die Nothwendigkeit gerade der hier erwähnten

Vorkehrungen und Reparaturen nicht habe dargethan werden können, eine Verurtheilung der Beklagten in dem vorliegenden Prozesse überhaupt nicht erfolgen könne.

Diese Grundauffassung der Sache konnte jedoch nicht getheilt werden. Zunächst war

1) die erhobene Klage keineswegs auf den oben hervorgehobenen speciellen Schaden beschränkt, dieselbe hatte vielmehr den Ersatz eines jeden durch den gerügten Baufehler verursachten Schadens zum Gegenstande. Als das Wesentliche in der Klage erscheint nämlich nur Das:

1) daß sich Senkungen der Balkenlage im ersten und zweiten Stock ergeben hatten;
2) daß dieselben Folge einer vom Beklagten angewendeten fehlerhaften Bauart waren, und
3) daß sie erheblich genug erscheinen, um ihre Beseitigung durch eine geeignete Reparatur nothwendig zu machen.

Wenn Kläger daneben alsbald eine bestimmte Art der Reparatur als diejenige bezeichnete, welche seiner Ansicht nach das nothwendige Mittel der Abhülfe sei, so kann dieß nur als eine nähere Verdeutlichung über die Erheblichkeit der Senkungen aufgefaßt, es kann ihm aber nicht die beschränkende Absicht untergelegt werden, den Ausgang des gegenwärtigen Prozesses lediglich davon abhängen zu lassen, daß gerade seine Ansicht von der entsprechenden Art der Reparatur als die richtige erkannt werde.

Kläger hat denn auch in der Klagschrift ausdrücklich gesagt: der Beklagte sei nicht nur zum Ersatz sämmtlicher Kosten der Ausbesserung selber, sondern auch der Sprieß- und Streitkosten, sowie überhaupt aller durch sein Versehen herbeigeführten gegenwärtigen und künftigen Schäden verbunden, und wenn er dann unmittelbar darauf sich die Liquidation dieser Schäden und die feste Angabe „der noch unbestimmbaren Reparaturkosten" vorbehielt und schließlich die Klagbitte stellte:

> den Beklagten vorbehältlich näherer Liquidation zum Ersatz aller derjenigen Schäden und Kosten zu verurtheilen, welche durch die von ihm angewandte fehlerhafte Bauart erwachsen seien oder würden,

Digitized by Google

ſo bleibt an der ganz allgemeinen Richtung der Klage auf jede mögliche Entſchädigung kein Zweifel übrig.

2) Auch in der *rechtskräftigen Beweisauflage* kann man keine Beſchränkung für den Kläger finden.

Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 27. October 1848 könnte allerdings zu Zweifeln Anlaß geben, indem es neben der Spreißung zur Verhütung theilweiſen Einſturzes nur die Nothwendigkeit von Durchzügen, welche auf Säulen oder Pfoſten getragen werden, zum Beweis verſtellte. Dieſe Zweifel ſind indeſſen durch die in zweiter Inſtanz erfolgte Erläuterung vollſtändig gehoben. Kläger beſchwerte ſich, daß der Beweisſatz nicht allgemeiner oder richtiger gefaßt ſei, und erklärte in der Rechtfertigung: ſeine Klage würde auch dann vollſtändig begründet ſein, wenn nicht gerade ſämmtliche Specialitäten der Klage erwieſen würden, wohl aber erhelle, daß Beklagter einen Fehler begangen habe, welcher eine „gänzliche Veränderung" nöthig mache, oder „welcher durchaus Aenderung erheiſcht habe." Näher dürfe der Fehler auch noch durch Anwendung des geſprengten Gebälks bezeichnet werden. — Wenn nun das Appellationsgericht erklärte: gegen die Beſorgniß des Klägers, daß ſeine Klage von cumulativem Beweis aller im Beweisſatz enthaltenen Thatſachen abhängig erſcheine, genüge die Erläuterung:

> daß jeder ihm zugefügte Schaden, inſoweit er als Folge der Anwendung des geſprengten Gebälkes dargethan werde, ihm zuzuerkennen ſein werde,

ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß hiermit nicht bloß dem in der Rechtfertigung beſonders hervorgehobenen Verlangen des Klägers, jede nothwendige *Reparatur* beweiſen zu dürfen, entſprochen, ſondern auch noch, wie es nach der Faſſung der Beſchwerde wohl zuläſſig war, darüber hinausgegangen und dem Kläger der Nachweis jedes möglichen *Schadens* geſtattet wurde.

Das Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 21. December 1850 liefert eine entſcheidende Beſtätigung für dieſe Auffaſſung, indem es den Kläger gegen ſeine weitere Beſchwerde auf die volle Allgemeinheit der Erläuterung verwies (S. 6 verb.: „Kläger brauche danach nur zu beweiſen, daß ihm in Folge der Anwendung des geſprengten Gebälks *irgend ein Schaden* zugefügt ſei"),

außerdem hervorhob, daß Kläger bei der in der Erläuterung enthaltenen Erweiterung nun auch den Causal-Zusammenhang zwischen Anwendung des gesprengten Gebälks und dem Schaden besonders nachzuweisen habe, was das Stadtgericht in der Fassung seines Beweissatzes nicht für nöthig gehalten habe, und deßhalb dem Beklagten noch einen speciellen Gegenbeweis in dieser Beziehung nachließ.

3) Die Beweisantretung des Klägers ist allerdings sehr nachlässig abgefaßt. Dennoch kann man sie nicht so ungünstig beurtheilen, wie die vorigen Gerichte. — Wenn Kläger im Eingange derselben sagte, es liege ihm folgender Beweis ob, und dann den stadtgerichtlichen Beweissatz wörtlich wiederholte, ohne der appellationsgerichtlichen Erläuterung desselben Erwähnung zu thun, so kann nach der rechtskräftigen Sachlage unmöglich angenommen werden, daß er auf diese Erläuterung ohne Weiteres habe verzichten wollen. Vielmehr war diese gerade als Erläuterung insoweit zu subintelligiren, als der Kläger dadurch von dem cumulativen Beweis aller in dem stadtgerichtlichen Thema enthaltenen Behauptungen entbunden worden war, und kann daher der fragliche Passus der Beweisantretung des Klägers nur dahin verstanden werden, daß er die Gesammtheit aller in dem stadtgerichtlichen Beweissatze begriffenen Thatsachen zwar als zu versuchendes günstigstes Ziel seiner Beweisführung hinstellen, eventuell aber auch einen auf wenigere Thatsachen beschränkten Beweis, sofern derselbe nur überhaupt einen aus dem gesprengten Gebälk entstandenen Schaden ergeben sollte, für sich geltend machen wollte. Soviel nun zunächst

a) die bleibende Reparatur (im Gegensatz des einstweiligen Sprießens) betrifft, so enthielt der stadtgerichtliche Beweissatz folgende Behauptungen in sich,

1) daß sich das gesprengte Gebälk im ersten und zweiten Stocke gesenkt habe,
2) daß dadurch eine Ausbesserung nöthig geworden sei,
3) daß die Ausbesserung in anzubringenden Durchzügen habe bestehen müssen, und zwar
4) mit einer Unterstützung durch Säulen oder Pfosten.

Unbedingt nöthig waren für die Beweisantretung nur die Punkte sub 1 und 2, und wenngleich Kläger dieselbe auch auf die Punkte 3 und 4 gerichtet hat, so konnte doch die Frage, welche Folgen ein

gänzliches Mißlingen dieſes letzteren Verſuchs gehabt haben würde, dahingeſtellt bleiben, da hierbei nicht eine Beſchränkung auf den wirklichen Inhalt dieſer Sätze zu Grunde zu legen, ſondern anzunehmen war, daß der Beweis eventuell auch auf eine jede andere Art der Reparatur mitgerichtet ſein ſollte, und derſelbe in dieſer Auffaſſung nicht für verfehlt gehalten werden konnte.

Kläger hat nämlich sub I. 8 ſeiner Beweisantretung den ganzen Beweisſatz außer der Thatſache der Senkungen zur Beurtheilung Sachverſtändiger verſtellt, und auf andere Weiſe konnte auch die angemeſſene Art der Reparatur gar nicht ermittelt werden. Eben dieſes letztern Umſtandes wegen aber darf die klägeriſche Abfaſſung der den Sachverſtändigen geſtellten Aufgabe nicht zu ſtrenge formell beurtheilt werden. Es war für ihn eine Unmöglichkeit, im Voraus mit Sicherheit zu errathen, welche Art von Reparatur von den künftigen Sachverſtändigen grade als die richtige erkannt werden würde. Wie man aus den Acten erſieht, kamen darüber die mannichfachſten Ideen zur Sprache und Erwägung. Bei Stellung der Aufgabe konnte es daher vernünftiger Weiſe nicht die Abſicht des Klägers ſein, ausſchließlich ein Ja oder Nein darüber zu erhalten, ob gerade Durchzüge mit Säulen das ſchlechthin nothwendige Mittel der Abhülfe ſeien, und damit den ganzen Erfolg des Beweisverfahrens gleichſam auf dieſen einen Wurf zu ſetzen. Vielmehr darf der Sinn des Satzes dahin verſtanden werden, daß Kläger zwar ein beſtimmtes Mittel der Abhülfe als das ihm angemeſſen ſcheinende namhaft machte, damit aber eventuell ein anderes, von den Sachverſtändigen als geeignet erkanntes nicht ausſchließen wollte; daß er in der Frage:

> waren die Senkungen ſo beträchtlich, um Durchzüge mit Säulen erforderlich zu machen?

die Frage mitbegreift:

> bis zu welcher ſonſtigen Reparatur waren die Senkungen beträchtlich genug?

Jedenfalls lag in der den Sachverſtändigen geſtellten Frage über die Nothwendigkeit von Durchzügen *mit* Säulen zugleich eventuell der, ob Durchzüge *ohne* Säulen nothwendig geweſen ſeien; denn es bedurfte nur einer einfachen Theilung der Frage um die Durchzüge bejahen, den Zuſatz „mit Säulen“ aber verneinen

zu können. Sollte es hinsichtlich der Absicht des Klägers in dieser Hinsicht noch einer Unterstützung bedürfen, so würde diese darin zu finden sein, daß derselbe sub III. seiner Beweisantretung die Rechnungen über die wirklich von ihm vorgenommene Reparatur producirt hat, worunter die Hauptrechnung (der Zimmermeister) auf das „Einziehen neuer Durchzüge" lautet, und daß er dazu Sachverständige darüber vorgeschlagen hat, daß diese Kosten nothwendige Folgen der aus dem gesprengten Gebälke herrührenden Mängel und Gefahren des Baues gewesen seien. Daß hier Durchzüge ohne Säulen gemeint waren, ist nach einer Vergleichung mit dem Bericht des Baumeisters Rumpf und mit dem Kostenanschlag, sowie nach dem Erfolg ausgemacht, und daraus ergibt sich, daß Kläger im ersten Theil der Beweisantretung die Absicht gehabt haben kann, gerade solche Durchzüge von seinem Beweise auszuschließen. — Nun ist freilich das sub III. beigebrachte Material, als in das jetzige Stadium des Prozesses noch nicht gehörig, ausgeschieden worden, dieß kann indeß nicht hindern, das daselbst Gesagte zur Erläuterung des ersten Abschnittes zu benutzen.

b) Was das Sprießen zur einstweiligen Verhütung des Einsturzes betrifft, so ist die Nothwendigkeit desselben mit zum Gegenstand des Beweises gemacht. Es könnte dabei sich fragen, ob der Beweis nicht auch auf das wirkliche Vornehmen der Sprießung und die Zeit desselben hätte gerichtet werden müssen. Doch kommt es wegen des unter B. II. zu besprechenden Erfolges des Beweises darauf nicht näher an.

4) Wenn die Beweisantretung die im Vorstehenden angenommene günstigere Auslegung für den Kläger zuläßt, dann stehen ihm auch die weiteren Verhandlungen im Beweisverfahren nicht entgegen, daß die unangefochten gebliebenen stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 21. December 1852, 16. November und 21. December 1853 dem Kläger in der fraglichen Beziehung nichts abgesprochen haben, folgt daraus, daß die Frage, ob Kläger bei seiner Beweisführung auf die im stadtgerichtlichen Beweissatze ausdrücklich hervorgehobene Art der Reparatur beschränkt sei, bis dahin überall noch nicht Gegenstand eines Streites zwischen den Partheien geworden war; eine Entscheidung über diese Frage zu treffen, also gar nicht in der Absicht der Gerichte gelegen haben kann. Welche Ansicht das

Gericht und der Beklagte über die beſchränkte Richtung des Beweiſes hatten, darauf kann nichts ankommen. Der Kläger ſelbſt aber hat, wenn ſeine Beweisantretung wirklich eventuell auf jede andere Art der Reparatur oder doch auf eine andere Art von Durchzügen mitgerichtet war, ſich in den fraglichen Verhandlungen in keiner Weiſe präjudicirt. Der einzige erhebliche Umſtand könnte in dieſer Beziehung nur der ſein, daß der Kläger die vom Stadtgericht abgefaßte Inſtruction der Sachverſtändigen ohne Erinnerung hat hingehen laſſen. Allein kann es auch den Sachverſtändigen nicht zum Vorwurf gereichen, wenn ſie die an ſie gerichtete Hauptfrage in dem vom Stadtgerichte zu Grunde gelegten beſchränkten Sinne auffaßten, als hätten ſie darauf im Ganzen nur mit Ja oder Nein zu antworten, ſo durfte doch Kläger, wenn er ſeine Beweisantretung in dem erweiterten Sinne gemeint hatte, dieſen auch jetzt wieder vorausſetzen. Ueberdieß konnte, ſelbſt wenn die Inſtruction für den Kläger erkennbar unrichtig abgefaßt geweſen wäre, das Unterlaſſen einer Erinnerung dagegen ſeine Rechte noch nicht ſchmälern, da ihm keine Erklärung sub praejudicio aufgegeben und die ohne vorgängiges Gehör erlaſſene Inſtruction der Rechtskraft nicht fähig war.

Soviel nun weiter

B. die Frage betrifft, was bewieſen ſei, und zwar

I. hinſichtlich der Nothwendigkeit einer bleibenden Reparatur, ſo ſteht

1) rechtskräftig feſt, daß Kläger die Senkungen des geſprengten Gebälkes im erſten und zweiten Stock bis zu 6 Zoll und resp. 5 Zoll weniger 1 Linie vollſtändig erwieſen hat;

2) daß dieſe Senkungen ihre Urſache in der Anwendung des geſprengten Gebälkes hatten, unterliegt ebenfalls keinem Zweifel, weil der Beweis zu 1) eben dahin rechtskräftig feſtgeſtellt iſt, daß das geſprengte Gebälk ſich ſo weit geſenkt habe, und dieſe Art des Gebälkes von Buruitz gegen den Bauplan angewendet wurde, auch ſchon der Bericht der beiden Geſchwornen des Maurer- und Zimmerhandwerks vom 7. December 1846, auf welchen das rechtskräftige Stadtgerichts-Erkenntniß namentlich Bezug nimmt, dieſe Urſache ausdrücklich angegeben, und die gerichtliche Beſichtigung ebenfalls darauf hingewieſen hat, während die Beklagten den ihnen

vom Ober-Appellationsgerichte nachgelassenen Gegenbeweis einer anderen Ursache gar nicht unternommen haben, ja das Schreiben des Burnitz vom 3. Juli 1845, dessen Aechtheit bereits in dem Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 21. December 1850 als constatirt erklärt worden ist, den Causalzusammenhang ausdrücklich zugibt. Dazu kommt jetzt, daß das Appellationsgericht in der Sent. a qua diesen Punkt als Grundlage für eine anzustellende neue Klage anerkannt hat, was als Decisum (schon wegen des Einflusses auf die Entscheidung des Kostenpunktes) angesehen werden muß, und wogegen die Beklagten sich nicht beschwert haben;

3) die Nothwendigkeit einer Reparatur überhaupt möchte selbst ohne technische Kenntnisse angenommen werden können. Auch haben die vernommenen Sachverständigen dieselbe nicht geläugnet, vielmehr im Verlauf ihres Gutachtens sie allem Anscheine nach selbst vorausgesetzt. Dazu kommt aber, daß der ursprüngliche Beklagte schon in der Duplik erster Instanz eingeräumt hat, es seien im Jahre 1845 zur Beseitigung der damals bemerkten Senkungen von ihm Veränderungen als nöthig erkannt und in Vorschlag gebracht worden, er habe selbst den Kläger zur Vornahme der nöthigen Reparaturen gemahnt; und ferner im Appellationslibell zweiter Instanz vom 12. December 1848: die Wiederherstellung würde damals mit ganz geringen Kosten haben geschehen können, und würde auf ähnliche Weise wie jetzt, gemacht worden sein; für circa fl. 1400 würden die Senkungen beseitigt und alle weiteren verhindert worden sein. Es muß also auch dieser Punkt als vollständig erwiesen angesehen werden. Dagegen liegt

4) über die Frage, welche Art der Reparatur die angemessene gewesen, noch kein Beweis vor. Die Sachverständigen haben die Nothwendigkeit von Durchzügen mit Säulen verneint, sich aber über eine andere Reparatur nicht ausgesprochen, und Kläger selbst hat zugeben müssen, daß die ersterwähnte Art der Abhülfe (mit Ausnahme des katholischen Betsaals und eines Gewölbes) gar nicht angewendet worden sei. Es mußte unter diesen Umständen, wie geschehen, auf eine Vervollständigung des vorliegenden Gutachtens durch dessen Aussteller erkannt werden. Zwar hat Kläger

a) für den Fall, daß ein weiteres Gutachten erforderlich werden sollte, zunächst auf Zuziehung anderer, als der bisherigen

Sachverſtändigen angetragen. Allein es fehlt an einem genügenden Grunde für dieſes Verlangen. Den zugezogenen Sachverſtändigen kann daraus, daß ſie genau und wörtlich an die ihnen ertheilte Inſtruction und die hier aufgeſtellten Fragen ſich gehalten haben, begründeter Weiſe ein Vorwurf nicht gemacht werden. Die übrigen, gegen deren Gutachten gemachten Einwendungen aber ſind, wenn auch — wie deren nähere Beleuchtung unter C. ergeben wird — in mancher Beziehung begründet, doch überall nicht geeignet, um zu der Annahme zu führen, daß es den Ausſtellern deſſelben entweder an der nöthigen Sachkunde, oder an der erforderlichen Unbefangenheit zur Beantwortung der in Betracht kommenden Fragen fehle. — Ebenſo wenig konnte

b) dem Verlangen des Klägers entſprochen werden, daß jetzt ſchon eine Verurtheilung der Beklagten zum Erſatze wenigſtens desjenigen Koſtenaufwandes ausgeſprochen werde, welche behufs Anbringung von wirklich auf Säulen ruhenden Durchzügen in einigen Localitäten des Hauſes (dem katholiſchen Betſaal und einem Gewölbe) gemacht worden. Denn die Sachverſtändigen haben ſich darüber, ob nicht wenigſtens in dieſen Localitäten die fragliche Art der Reparatur die angemeſſene geweſen, noch gar nicht ausgeſprochen; durch die dafür in Bezug genommenen Zeugen-Ausſagen und die Anlagen 8 und 16 der klägeriſchen Beweisantretung aber kann — nach Maaßgabe der Entſcheidungen des Stadt- und Appellationsgerichts — der Beweis der Nothwendigkeit jener Reparatur nicht geliefert werden.

II. Der Beweis der Nothwendigkeit einſtweiliger Sprießung zur Verhinderung theilweiſen Einſturzes iſt nach dem Gutachten der Sachverſtändigen im Allgemeinen gänzlich mißlungen, und der vom Kläger hiergegen erhobene Widerſpruch, den er aus Zeugenausſagen und Urkunden zu motiviren geſucht hat, vermag aus den ſoeben unter I. 4. b. a. c. angeführten Gründen, und da der Bericht des Stadtbaumeiſters Henrich, als erſt lange nach Ablauf der Beweisfriſt producirt, hier überall nicht mehr in Betracht kommen kann, an jenem Ergebniſſe nichts zu ändern.

Indeſſen kann dieſes Mißlingen des Beweiſes doch nur auf die Nothwendigkeit eines durchgängigen oder umfaſſenden Sprießens bezogen werden, nicht aber an den Folgen des ausdrücklichen Zuge-

ſtändniſſes einer theilweiſen Spreißung etwas ändern. Der urſprüngliche Beklagte hat nämlich in der Duplik eingeräumt, daß er bereits vor beinahe vier Jahren (alſo gegen Ende 1844 oder Anfang 1845) das Magazin und den Betſaal zum Zwecke der von ihm für nöthig erkannten Veränderungen habe ſprießen laſſen. In der eigenen Anordnung liegt aber ohne Zweifel die genügende Anerkennung der Nothwendigkeit, und die Koſten dieſer Spreißung wird daher Kläger demnächſt zu liquidiren befugt bleiben. — Auch mag hier zur Verhütung eines Mißverſtändniſſes noch hervorgehoben werden, daß die Abweiſung des Anſpruchs ſich nicht auf die Koſten des zur Vornahme der Reparatur ſelbſt nöthig gewordenen Spreißens beziehe.

C. Wenn es zu einer Fortſetzung des gegenwärtigen Verfahrens auf Grund des bisher unternommenen Beweiſes kommt, ſo bedarf es auch noch einer Entſcheidung über die ſogenannte Einrede der Compenſation, worauf ſich das Gutachten der Sachverſtändigen sub c bezieht, deſſen Berückſichtigung bei der eventuellen Natur der Aeußerung keinem Bedenken unterliegt.

Die von dem Kläger hiergegen vorgebrachten Erinnerungen ſind:

a) daß die Sachverſtändigen den urſprünglichen Koſtenanſchlag für ein volles Gebälk erſt noch durch Zuſatz von ⅕ des Bedarfs an Balken berichtigt, d. h. erhöht haben.

Dieſe Erinnerung muß für begründet gehalten werden. Zunächſt wäre es Sache des Beklagten geweſen, ſeiner Einrede die weitere Bedeutung zu geben, daß zu einem vollen Gebälk der urſprüngliche Koſtenanſchlag nicht hingereicht habe, die durch Anwendung des geſprengten Gebälkes bewirkte Erſparniß alſo eine um ſo viel bedeutendere geweſen ſein würde, und der rechtskräftige Beweisſatz (des Ober-Appellationsgerichts) iſt ausdrücklich auf die Vergleichung mit dem Anſatz in dem vom Kläger genehmigten Anſchlag gerichtet. Hieran ſind die Sachverſtändigen gebunden, und wenn ihnen auch von ihrem Standpunkt aus ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden kann, daß ſie jenen Anſchlag eines ganzen Gebälks vorerſt nach Regeln der Technik rectificiren zu müſſen glaubten, ſo bedarf doch ihr Gutachten nach dem rechtskräftigen Stande des Prozeſſes in der fraglichen Beziehung einer Berichtigung.

Nun haben freilich die Beklagten in der Vernehmlaſſung jetziger Inſtanz eventuell um Reſtitution zum Zwecke der nachträglichen Erweiterung der Einrede gebeten. Indeſſen, abgeſehen davon, ob dieß hier formell unſtatthaft war, ſteht dem Reſtitutionsgeſuch jedenfalls das entgegen, daß es an einer Läſion fehlt. Denn von einer wirklichen Erſparniß kann doch nur die Rede ſein, wenn und ſoweit der Beklagte unter dem genehmigten Koſtenanſchlage blieb; war dieſer fehlerhaft zu gering, ſo war deßhalb der Kläger noch nicht ohne Weiteres zur Verausgabung des höheren Betrages genöthigt, vielmehr kam es dann immer noch auf ſeinen Entſchluß, möglicher Weiſe auch auf die Verantwortlichkeit des Verfaſſers des Anſchlags an.

b) Es komme bei Berechnung der Erſparniß ein unverſtändlicher Poſten von fl. 462 vor.

Dieß iſt unrichtig, da der fragliche Poſten unverkennbar durch die Bemerkung des Gutachtens motivirt iſt, daß bei Anwendung des geſprengten Gebälks auch die Maurerarbeit weniger Koſten verurſache.

c) Eine Reihe von Ausgabe-Poſten ſeien nicht berückſichtigt, die zwar bei dem geſprengten Gebälke, nicht aber bei Ausführung des vollen Gebälks nöthig geweſen ſeien.

Dieſer Einwand erſcheint nicht ohne Weiteres verwerflich. Es kann hierüber jedoch nur von den Sachverſtändigen die erforderliche Aufklärung erlangt werden, und dieſer Punkt daher nur eine Auflage zur nachträglichen Erläuterung veranlaſſen.

Nach dem Vorſtehenden mußten von den mittelſt der erſten Beſchwerde gegenwärtiger Inſtanz wiederholten früheren Beſchwerden zwar grav. 1 und 2 verworfen, auf Grund der übrigen aber, wie geſchehen, in der Hauptſache reformatoriſch erkannt werden, während die Koſten erſter Inſtanz, weil zur Zeit ein endliches Erkenntniß noch nicht zu ertheilen ſteht, auszuſetzen waren.

Die zweite Beſchwerde gegenwärtiger Inſtanz findet hierdurch von ſelbſt ihre Erledigung. Der dritten Beſchwerde in Betreff der Koſten voriger Inſtanz aber war, in Folge der abweichenden Beurtheilung in der Hauptſache dahin zu entſprechen, daß dieſe Koſten ganz compenſirt werden mußten.

92.

Dr. med. **Heinrich Wolff**'s Erben, Kläger gegen **Johann Daniel Walluf**, Beklagten, Servitut betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 23. Mai 1856.

In Erwägung, daß

1) Kläger ihre Klage darauf gründen, daß dem ihnen eigenthümlichen, jetzt mit Lit. C. Nr. IX bezeichneten Grundstück, dem Grundstück Lit. C. Nr. VI^{b} gegenüber, die Servitut zustehe, daß Ersterem die Aussicht nicht verbaut werde; daß

2) dieſe Servitut daraus hergeleitet wird, daß bei dem urſprünglich im Jahr 1808 Statt gehabten Verkauf des ſpäter mit Lit. C. Nr. VI bezeichneten Grundſtücks, ſowie anderer Grundſtücke, ſolche conſtituirt, und auch bei der am 21. Auguſt 1837 erfolgten Verſteigerung dieſes Grundſtücks in mehreren Parcellen, wovon ein Theil einer derſelben nunmehr zum vorerwähnten Grundſtück des Beklagten gehöre, die nämliche Bedingung gemacht worden ſei, welchemnach Beklagter nicht befugt erſcheine, ſeinen jetzt beabſichtigten Bau in der gewählten Richtung auszuführen; daß

3) daraus aber, daß bei dem Verkauf der ſtädtiſchen Wallplätze, wovon das vorſtehend unter 1 gedachte Grundſtück Lit. C. Nr. VI einen Theil gebildet hat, die fragliche Beſchränkung für die damals verkauften größeren Parcellen unter einander begründet worden ſein ſoll, keineswegs zu folgern iſt, daß bei der ſpäteren Theilung und Veräußerung einer ſolchen größeren Parcelle in mehreren kleineren Parcellen an verſchiedene Käufer hierdurch einem Jeden der Letzteren ohne Weiteres die nämliche Servitut gegen die anderen Erwerber einer ſolchen kleineren Parcelle zuſtehe, welcher Folgerung ſchon der Rechtsgrundſatz widerſtreiten würde, daß der Eigenthümer einer Liegenſchaft auf dieſer eine Servitut nicht haben, mithin auch

bei der Theilung dieſer Liegenſchaft kein Servitut als eine auf den in Folge der Theilung verkauften Parcellen ruhende Laſt beſtehen kann, inſofern eine ſolche Servitut nicht durch ein neues Rechtsgeſchäft errichtet worden iſt,

Euler ca. Brofft de 1833.
Zunz ca. Brofft de 1840.
Pfeffel ca. v. Rothſchild de 1842;

daß

4) die ausdrückliche Conſtituirung einer gegenſeitigen Servitut der Parcellen des Grundſtücks Lit. C. Nr. VI unter ſich in dem Verſteigerungs-Protocoll vom 21. Auguſt 1837 nicht enthalten, vielmehr der Verkauf dieſer Parcellen nur mit allen denjenigen Rechten und Laſten geſchehen iſt, welche auf dem ganzen vorgedachten Grundſtücke den damaligen Nachbarn deſſelben gegenüber in Gemäßheit der Bedingungen des Verkaufs vom Jahr 1808 gehaftet haben,

Zunz ca. Brofft de 1840;

daß

5) die in dem Verſteigerungs-Protocoll vom 26. Auguſt 1837 enthaltenen Bedingungen des im Jahr 1808 geſchehenen Verkaufs nur die Wirkung haben können, daß hiernach jeder Käufer einer Parcelle zu bemeſſen vermag, welche Rechte und Pflichten ihm den Eigenthümern der urſprünglich größeren Wallgrundſtücke gegenüber zuſtehen, keineswegs aber daraus zu ſchließen iſt, daß er auch gegen die Eigenthümer der anderen Parcellen des Grundſtücks Lit. C. Nr. VI, welche Alle ihren Erwerbtitel von dem nämlichen früheren Eigenthümer herleiten, eine gleiche Servitut geltend zu machen befugt ſei,

Zunz ca. Brofft de 1840;

daß

6) auch der Umſtand, daß das Grundſtück des Beklagten aus einem Theile einer der Parcellen des mehrerwähnten Grundſtücks Lit. C. Nr. VI und einem Theile des an ſolches gegrenzt habenden Grundſtücks Lit. C. Nr. VIIIe beſteht, nach dem, was vorher angeführt worden, den klägeriſchen Anſpruch nicht unterſtützen kann, und dieß um ſo weniger, als Kläger nicht in Abrede zu ſtellen

vermocht haben, daß an das Grundstück derselben gerade ein Theil der Parcelle des ursprünglichen Grundstücks Lit. C. Nr. VI stößt; daß

7) Kläger eine zwischen ihnen, beziehungsweise ihrem Erblasser und dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgängern geschehene Uebereinkunft wegen Errichtung der behaupteten Servitut nicht mit Bestimmtheit namhaft gemacht haben, und daß

8) unter den vorliegenden Umständen der Antrag der Beklagten auf Edition von Bauriſſen von Seiten der Kläger, eventuell auf Requisition der bezüglichen Bauamts-Acten, nicht besonders in Betracht zu ziehen ist,

wird für Recht erkannt:

I. Das durch Decret vom 22. März 1856 erkannte Bauverbot wird aufgehoben.

II. Kläger werden mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen, auch zum Ersatz der dem Beklagten verursachten Kosten und etwaigen Schäden nach vorheriger Liquidation und gerichtlicher Feststellung verurtheilt.

Dieses Erkenntniß des Stadtgerichts wurde auf Appellation der Kläger durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 13. Juni 1856 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. September 1856.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst die Erkenntnisse des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 13. Juni, und des Stadtgerichts vom 23. März d. J., wie hiermit geschieht, aufzuheben, die Gerechtigkeit des klägerischen Grundstückes, die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Beklagten zu verbieten, anzuerkennen, und Beklagter demnach zu verurtheilen sei, den von ihm auf seinem Grundstück beabsichtigten Bau zu unterlassen, resp. denselben niederzureißen.

Digitized by Google

Die Koſten erſter Inſtanz hat Beklagter den Klägern zu erſtatten; die Koſten der beiden Appellations-Inſtanzen werden verglichen, und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Die Beurtheilung des klägeriſchen Anſpruchs hängt zunächſt ab von der Bedeutung des bei der Verſteigerung der Wallgrundſtücke abſeiten der Stadt Frankfurt im Jahr 1808 in den Bedingungen unter Nr. 3 gemachten Vorbehalts, daß die in den einzelnen Gärten etwa aufzuführenden Gebäude in der oberſten Lage errichtet werden müßten; davon, ob dieſer Vorbehalt in öffentlichem Intereſſe gemacht, ob er nur ein perſönliches Recht der Stadt hat begründen, oder ob er den einzelnen damals verkauften Grundſtücken gegenſeitig die Servitut hat verſchaffen ſollen, ſich die Ausſicht nicht zu verbauen, dergeſtalt, daß jeder neue Eigner theils verpflichtet ſei, ſich ſelbſt eines Baues in einer anderen als der angegebenen Lage zu enthalten, theils berechtigt, zu verlangen, daß die Eigner der übrigen Parcellen in gleicher Weiſe verfühen. Von dieſen verſchiedenen Auffaſſungen mußte der letzten der Vorzug gegeben werden. Zunächſt nämlich iſt die Möglichkeit, eine Servitut bei Veräußerung des Eigenthums vorzubehalten und durch bloßen Vertrag zu errichten, außer Zweifel, und zwar kann dieſer Vorbehalt ſelbſt zu Gunſten und zu Laſten künftig aufzuführender Gebäude ſtattfinden.

l. 23. § 1. D. de serv. praed. urban. 8, 2.

Daß aber ein ſolcher, die Begründung von Servituten bezweckender Vorbehalt wirklich gemacht worden ſei, ergibt ſich aus dem einzigen, dem Vorbehalt beigefügten Motiv, „damit kein Gebäude dem andern ſeine Ausſicht verſperre," welches darauf hindeutet, daß nur die einzelnen Grundſtücke es ſeien, zu deren Gunſten der gedachte Vorbehalt gemacht ward. Ueberdieß wäre nicht abzuſehen, welches Intereſſe die Stadt als ſolche bei der Erwerbung eines perſönlichen Rechtes gehabt haben könnte, die Errichtung von Gebäuden in der angegebenen Lage ſich auszubedingen. Darauf aber, daß der Vorbehalt in öffentlichem Intereſſe gemacht ſei, weiſt weder das ange-

gebene Motiv hin, noch ist, insofern nur die sonstigen baupolizeilichen Vorschriften der Straße gegenüber gewahrt wurden, ein derartiges Interesse erkennbar.

Hat sonach jeder Erwerber eines der damals versteigerten Grundstücke mit ertheiltem Zuschlag die gedachte Servitut activ und passiv erworben, so versteht es sich von selbst, daß, wenn eines dieser Grundstücke später in mehrere Theile zerlegt ist, der Eigner eines solchen Theils, auf welchen ein Gebäude vorschriftsmäßig in der obersten Lage des Gartens errichtet worden ist, die Befugniß hat, die Servitut gegen einen Eigner einer anderen, im Jahre 1808 verkauften Parcelle geltend zu machen. Denn es folgt gerade aus der Untheilbarkeit der Prädialservituten, daß dieselben auch von jedem Eigenthümer eines Theils der ursprünglichen Parcellen geltend gemacht werden können, und die Ansicht, daß die Servitut durch jene Theilung erloschen sei, eventuell, daß nur sämmtliche Eigner der in mehrere Theile zerlegten ursprünglichen Parcelle befugt seien, die Servitut klagend zu verfolgen, ist unhaltbar.

l. 17. D. de servitt. 8. 1.

Ergibt sich nun schon hieraus die Befugniß der Kläger als Eigner eines Theils der ursprünglich Bethmann'schen Parcelle, den zum Theil auf ursprünglich Wicht'schem Grund und Boden beabsichtigten Neubau des Beklagten zu verbieten, da solcher nach den unbestrittenen Dimensionen offenbar nicht in der obersten Lage der Wicht'schen Parcelle aufgeführt werden soll, und seiner Höhe, Breite und Tiefe nach sicherlich geeignet ist, den Klägern die Aussicht zu versperren, so müßte das Gleiche auch angenommen werden in Betreff des Theiles des Gebäudes, welcher auf ursprünglich Bethmann'schen Grund zu stehen kommen soll. Zwar ist es richtig, daß den einzelnen Theilen des Bethmann'schen Grundstücks ohne Weiteres die gedachte Servitut nicht zustehen würde, da kein Grundstück sich selber dienen kann. Allein es war anzunehmen, daß bei der Theilung des Bethmann'schen Grundstücks im Jahre 1837 und der damals Statt gehabten neuen Versteigerung der Unterparcellen für diese untereinander die in Rede stehende Servitut in gleicher Weise errichtet worden ist, wie solches im Jahre 1808 in Betreff der größeren Parcellen geschehen war. Denn hierfür spricht, daß die

Verſteigerung geſchehen iſt mit allen Gerechtigkeiten und Laſten, ſowie unter Grundlage der „einzeln aufgeführten, bei dem Verkauf im Jahr 1808 übernommenen Verbindlichkeiten." Es war daher anzunehmen, daß die einzelnen neuen Eigner die in Rede ſtehende Servitut nicht bloß den Eignern der 1808 ausgeſchiedenen größeren Parcellen gegenüber haben ausüben, resp. ihr unterworfen ſein ſollen, ſondern auch, daß das Gleiche in Betreff der Eigner der neu entſtandenen Parcellen hat maaßgebend ſein ſollen, und zwar um ſo mehr, als nur bei dieſer Auffaſſung die gewiß beabſichtigte Gleichheit unter den Nachbarn zu beiden Seiten, auch in anderen Beziehungen, bei den Vorſchriften in Betreff des Wicht's, ſowie der Anpflanzung von Bäumen, Nr. 7 und 9 der Bedingungen, zu erreichen ſtand.

War demnach in Gemäßheit der Beſchwerden abänderud, wie aus dem Urtheil erſichtlich, zu erkennen, ſo vermochte auch der Umſtand, daß dem Beklagten frühere, unter anderen Partheien ergangene Urtheile zur Seite zu ſtehen ſcheinen, eine Verurtheilung des Beklagten in die Koſten erſter Inſtanz nicht zu beſeitigen, da deren Gründe mannichfach, die zur Entſcheidung ſtehenden Fälle ſelbſt aber von dem jetzt vorliegenden Rechtsſtreit in weſentlichen Punkten verſchieden ſind. Die Vergleichung der in voriger und jetziger Inſtanz erwachſenen Koſten dagegen wird durch den Wechſel der Erkenntniſſe gerechtfertigt.

93.

Christian Ferdinand von Mühlen, Implorant gegen Dr. jur. — —, Imploraten, wegen Honorarbestimmung.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 5. Mai 1854.

In Erwägung, daß

1) die Zuständigkeit dieser Abtheilung des Stadtgerichts, die Honorare der Curatoren zu bestimmen und die Deserviten der Advocaten für dahier Statt gehabte Verhandlungen festzustellen, nicht zu bezweifeln ist,

2) Herr Obrist von Mühlen in seiner Eigenschaft als Miterbe und als Vertreter zweier anderer Erben zur Stellung von Anträgen vorliegender Art auch ohne Zustimmung der übrigen Interessenten vollkommen berechtigt erscheint,

3) den gerichtlich ernannten Curatoren ein Anspruch auf bestimmte Procent-Ansätze des von ihnen verwalteten Vermögens gesetzlich nicht zusteht, sondern daß bei Bestimmung der ihnen zuzubilligenden Honorare lediglich das richterliche Ermessen unter Berücksichtigung der besonderen Umstände zu entscheiden hat,

4) in dem vorliegenden Fall, in welchem sämmtliche Erben bekannt und Einige auch sofort aufgetreten waren, die Geschäftsführung der Nachlaß-Curatoren nur sich darauf zu erstrecken hatte, und in der That auch nur darauf erstreckt hat, diejenigen wenigen Geschäfte, welche zur Erhaltung der Erbmasse vor der Erbeneinweisung erforderlich waren, zu besorgen,

5) unter diesen Umständen ein Honorar für beide Curatoren von ¼ pCt. der ganzen Erbmasse, welche von Herrn Dr. — — früher selbst nur auf fl. — — angegeben wurde, berechnet auf die Dauer der Geschäftsführung (vom 7. Februar bis zum 13. April 1853) in jeder Beziehung für genügend zu erachten ist,

6) daß Herr Dr. — — nach erfolgter Immiſſion der Erben mit der Verwaltung des Nachlaſſes, welche von dieſem Zeitpunkt an von den Curatoren auf den Teſtaments-Executor überging, nach ſeiner eigenen Darſtellung überall nicht beauftragt war, ſondern lediglich als Rechtsanwalt der Erben aufgetreten iſt und daher auch nur die für Advocaten geſetzlich beſtimmten Gebühren in Anſpruch nehmen kann,

7) die von demſelben ausgeſtellte Deſerviten- und Auslagen-Rechnung, deren einzelne Anſätze, inſoweit ſie nicht aus den Acten beurtheilt werden können, von dem Herrn Imploranten anerkannt worden ſind, zu beanſtanden für das Gericht kein Grund vorliegt,

8) nach deutlicher Beſtimmung des Geſetzes über die Gebühren der Sachwalter vom 3. Auguſt 1852 für Geld-Einnahme und Ablieferung nur von gemünztem und Papiergeld ¼ vom Hundert berechnet werden darf, daß aber auf dieſe Weiſe Herr Dr. — — nach ſeiner eigenen Berechnung nur fl. 12,501. 42 kr. eingenommen und nach Abzug ſeiner Gebühren, für welche ſelbſtredend eine Zählgebühr ganz unſtatthaft erſcheint, nur fl. 12,043. 27 kr. abgeliefert hat,

ſo iſt der Beſcheid:

A. Es wird den beiden Nachlaß-Curatoren, Herren Drs. — —, für ihre Verwaltung vom 7. Februar bis 13. April 1853 ein Honorar von zuſammen fl. 252. 5 kr. von Gerichtswegen zugebilligt,

B. die Derſerviten- und Auslagen-Rechnung des Herrn Dr. — — wird einſchließlich der von ihm beſorgten Geld-Einnahme und Ablieferung von fl. 2967. 2½ kr. auf fl. 842. 57 kr. herabgeſetzt.

Dieſes Erkenntniß wurde auf beiderſeitige Appellation durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 20. October 1854 unter Vergleichung der beiderſeits entſtandenen Koſten beſtätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. September 1856.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache ſelbſt die Erkenntniſſe des Appel-

lationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 20. October und des Stadtgerichts II. vom 5. Mai 1854, wie hiermit geſchieht, dahin zu beſtätigen und abzuändern, daß

1) den beiden Curatoren des oben bezeichneten Nachlaſſes — — für die in dieſer Eigenſchaft geführte Verwaltung ein Honorar von zuſammen vierhundert acht und fünfzig Gulden zwanzig Kreuzer zuzubilligen, außerdem
2) dem Appellanten an Deſerviten und Auslagen
   a) der Betrag der Rechnung [75] der Stadtgerichts-Acten mit . . . . fl. 780. 17 kr.
   b) Zählgebühren von der Einnahme und wirklichen Ausgabe der Rechnung [76] der Stadtgerichts-Acten mit zuſammen . fl. 61. 20 kr.

und c) für Stellung und Abſchrift der Rechnungen fl. 20. — kr. im Ganzen alſo achthundert ein und ſechzig Gulden ſieben und dreißig Kreuzer gut zu thun; dagegen

3) die, ausweislich der Rechnung [76] der Stadtgerichts-Acten weiter, resp. in höherem Betrage vom Appellanten beanſpruchten Gebühren demſelben abzuerkennen ſeien.

Und wird die Sache nunmehr unter Vergleichung der Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz an das Stadtgericht II. zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

I. Die erſte Beſchwerde, daß die Competenz des Stadtgerichts II. zu der von ihm vorgenommenen Honorarbeſtimmung anerkannt, und nicht vielmehr Appellat mit ſeinen geſtellten Anträgen abge- und auf den Rechtsweg verwieſen worden, erſcheint unbegründet.

Das Stadtgericht II., vor welches unzweifelhaft und unbeſtrittenermaaßen die vorliegende, nicht contentiös gewordene Erbſchafts-Angelegenheit und insbeſondere die Anordnung und Ueberwachung der Nachlaß-Curatel gehörte, war, vermöge dieſer ſeiner Competenz in der Hauptſache, auch zuſtändig, über die zu derſelben gehörigen Nebenpunkte, und ſo insbeſondere über diejenigen Koſten rechtliche Beſtimmung zu treffen, welche durch advocatiſche Bemühungen in der fraglichen Erbſchafts-Angelegenheit, ſowie durch die cura-

toriſche Verwaltung des Nachlaſſes entſtanden ſind. Dieſe Competenz ergibt ſich nicht nur aus dem allgemeinen Grundſatze, daß die Gerichtszuſtändigkeit in der Hauptſache auch die über die conneren Nebenpunkte nach ſich zieht, in Verbindung mit der Betrachtung, daß die genannte Gerichtsbehörde im Beſitze der Acten ſich befindet, auf deren Grund die fraglichen Koſten zu beſtimmen ſind, und ihr vorzugsweiſe diejenige Kenntniß der in Betracht kommenden thatſächlichen Verhältniſſe beiwohnt, welche, ſo weit hier ein richterliches Ermeſſen einzutreten hat, auf dieſes beſtimmend einwirken müſſen, ſondern ſie iſt auch — ſoviel insbeſondere die Beſtimmung des den Curatoren für ihre Verwaltung zukommenden Honorars anlangt, — aus der Frankfurter Geſetzgebung zu entnehmen. Die Reformation Th. VII. Tit. 13 weiſt die Feſtſetzung der den Vormündern und Curatoren zukommenden Belohnungen (wohin — wie eine Vergleichung mit Th. VII. Tit. 10, insbeſondere § 6 und Th. VI. Tit. 6. § 5 ergibt — auch die Honorare der beſtellten Nachlaß-Curatoren gehören) der Obervormundſchaft zu, und man hat keinen Grund zu der Annahme, daß an dem Wirkungskreiſe dieſer Letzteren durch das Geſetz vom 7. November 1848 über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſachen etwas hat geändert werden ſollen.

Erſcheint aber, nach dem Vorbemerkten, das Stadtgericht II. zur Feſtſtellung der in Rede ſtehenden Honorare berufen und zuſtändig, ſo folgt aus ſeiner Eigenſchaft als Gericht, daß die von ihm getroffene Beſtimmung auch für die Betheiligten rechtsverbindliche Kraft erlangt, und dagegen nicht der ordentliche Weg Rechtens, ſondern nur die in § 7 des erwähnten Geſetzes zugelaſſene Beſchwerdeführung Platz greift.

An dem Allen kann nun auch dadurch nichts geändert werden, daß etwa über die Größe der gebührenden Honorare zwiſchen den Betheiligten ein Streit entſteht, ſo lange nur durch dieſen Streit die allgemeine Grundlage der Zuſtändigkeit der mehrgenannten Gerichtsbehörde nicht angegriffen wird, d. h. ſo lange es ſich immer noch um Feſtſetzung der Honorare lediglich auf Grund allgemeiner geſetzlicher Beſtimmungen, und nicht um einen beſonderen, von dem Einen oder Anderen der Betheiligten für ſich in Anſpruch genom-

menen Rechtstitel (Vertrag und dgl.) handelt. In der That bilden hier die Anträge und Ausführungen der Betheiligten, wenngleich sie die Gestalt contentiöser Verhandlungen annehmen mögen, nur die Veranlassung, auf welche hin das Gericht seine officielle Thätigkeit eintreten läßt, und handelt es sich für Dieses auch hier nicht um die Entscheidung streitiger Ansprüche, sondern um die Erfüllung der oben hervorgehobenen, der Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit als solcher zukommenden Obliegenheit. Von dieser Art ist aber der vorliegende Fall. Appellat hat die richterliche Thätigkeit behufs Bestimmung, resp. Streichung gewisser in der Rechnung des Appellanten enthaltenen, theils auf advocatische Bemühungen, theils auf curatorische Verwaltung des Nachlasses sich beziehenden Honoraransätze angerufen, und Appellant seinerseits beruft sich zur Rechtfertigung dieser Honoraransätze nicht auf einen besonderen Rechtstitel, sondern nur auf allgemeine Rechtsnormen. Denn wenn er beiläufig von einer Seitens der Erben erfolgten Zusicherung redet, ihn, weil das Testament eine von ihm erwartete günstige Verfügung nicht enthalten habe, in anderer Weise schadlos zu halten, so ist es klar, daß in einer solchen allgemeinen Zusage ein selbstständiges Fundament für die fraglichen Honorarforderungen des Appellanten nicht gefunden werden kann, und wird jene Zusage von ihm auch nicht als ein solches, sondern nur als ein Moment geltend gemacht, welches den Richter bestimmen müsse, bei Festsetzung der Honorare liberal zu Werke zu gehen.

II. Die zweite eventuelle Beschwerde ist dagegen gerichtet, daß das Stadtgericht II. die Honoraransätze des Appellanten, sowie geschehen, moderirt, resp. gestrichen hat. Was hier

A. das Honorar für die Vermögensverwaltung anlangt, so hat Appellant für sich ein solches im Betrage von fl. 2750 beansprucht, wogegen das Stadtgericht nur ihm und dem Miteurator Dr. — — zusammen fl. 255. 2 kr. zugebilligt hat. Appellant beschwert sich nun

1) darüber, daß das Honorar überhaupt auf diesen geringen Betrag herabgesetzt worden, und macht dagegen geltend,

a) das Vermögen sei nicht, wie vom Stadtgerichte geschehen, auf fl. — —, sondern auf fl. — — zu veranschlagen;

b) die Verwaltungsgebühr betrage nicht ¼, sondern ½ pCt. und

c) dieſes ½ (eventuell ¼) pCt. ſei auch bei einer kürzeren als einjährigen Dauer nicht pro rata, ſondern ganz zuzubilligen. — Es hat jedoch

zu a) Appellant ſelbſt das Geſammtvermögen zum Zwecke der Beſtimmung des Verwaltungs-Honorars in runder Summe auf fl. — — veranſchlagt. Dieſer Betrag iſt alſo vom Stadtgerichte mit Recht zu Grunde gelegt worden, da man von der andern Seite ſich damit einverſtanden erklärt hatte. Der ſpätere Verſuch des Appellanten, einen höheren Betrag des Vermögens einzuführen, war — in Ermangelung einer jeden deßfallſigen Nachweiſung — zur Berückſichtigung nicht geeignet. Von einem ſtillſchweigenden Einverſtändniſſe des Appellaten konnte, wenn man feſthält, daß es ſich überall nicht um ein prozeſſualiſches Verfahren, ſondern um eine obervormundſchaftliche causae cognitio handelt, nicht die Rede ſein.

Zu b) ſoll, daß dem Curator ½ pCt. des Vermögensbetrages als Honorar gebühre, aus der Tax-Ordnung für die Advocaten,

Anhang zum Geſetze über die Gebühren der Sachwälte vom 3. Auguſt 1852. II. Nr. 13 und 14,

folgen. Dieſe Beſtimmungen aber ſind offenbar weder unmittelbar, noch auch analog zur Anwendung zu bringen. Daß den zu Curatoren beſtellten Advocaten als Honorar gewöhnlich ¼ pCt. jährlich von dem verwalteten Capital bewilligt zu werden pflegen, bezeugt

Souchay, Anmerk. zur Reform. S. 1223,

und darauf iſt das Stadtgericht auch im vorliegenden Falle ausgegangen. Daraus ergibt ſich

zu c) daß, wenn die Curatel kürzer als ein Jahr gedauert hat, auch jenes ¼ pCt. nur pro rata zuzubilligen iſt. Was Appellant hiergegen ausführt, kann dahin führen, daß unter Umſtänden ein anderer Maaßſtab angemeſſen erſcheinen mag, nicht aber, daß in der nach jenem Maaßſtabe getroffenen Honorarbeſtimmung eine Rechtsverletzung gefunden werden kann. Zudem liegen überall keine beſonderen Gründe vor, im gegenwärtigen Falle von jener Regel abzuweichen. — Dagegen konnte den vorigen Gerichten darin nicht beigetreten werden, daß als Zeit der Verwaltung nur der Zeitraum vom 7. Febr. bis 13. April 1853 anzuſehen ſei. Allerdings iſt erſt von jenem Tag an die Nachlaß-Curatel angeordnet und an dieſem die Einweiſung der Erben in den Nachlaß verfügt worden. Allein

ſowie Appellant, nach Ausweis der Acten, ſchon vor ſeiner förmlichen Anſtellung als Curator der Fürſorge für den Nachlaß ſich unterzogen, ſo liegt es in der Natur der Sache und wird durch die von beiden Curatoren geſtellte und vom Appellaten nicht beanſtandete Rechnung beſtätigt, daß die Verwaltung der Curatoren nicht ſofort mit der Einweiſung der Erben in den Nachlaß ihr Ende erreichte, ſondern noch einige Zeit fortdauerte. In Uebereinſtimmung mit dieſen Grundſätzen und dem Inhalte der Curatel-Rechnung hat denn auch Appellat am 29. März 1854 vor der Stadtgerichts-Commiſſion ſich damit einverſtanden erklärt, daß das Verwaltungs-Honorar der Curatoren mit ¼ pCt. jährlich für 4 Monate berechnet werde, und es konnte hiernach keinem Bedenken unterliegen, dieſen Zeitraum der Berechnung zu Grunde zu legen, und ſo das Honorar, wie geſchehen, in einem höheren Betrage, als das Stadtgericht es gethan, zuzubilligen.

Appellant glaubt:

2) daß ihm, weil er die Verwaltung allein geführt (curator gerens geweſen), auch das Verwaltungs-Honorar allein, oder doch jedenfalls ein höheres als dem Miteurator gebühre. Allein das Stadtgericht hat vollkommen ſachentſprechend gehandelt, wenn es den beiden von ihm beſtellten Curatoren auf der gemeinſchaftlich von ihnen geſtellten Rechnung das fragliche Honorar zugebilligt hat. Darüber, ob dem Einen oder Anderen ein größerer Antheil an der bewilligten Summe gebühre, hat es mit Recht noch gar nicht erkannt, da dieſe Frage die Erben, auf deren Antrag und in deren Intereſſe die Feſtſetzung des Honorars Statt gefunden hat, nicht berührt.

Was

B. die ſonſtigen, vom Appellanten in Anſatz gebrachten Gebühren, beziehungsweiſe Auslagen, anlangt, ſo iſt

1) gegen die Feſtſtellung der Deſerviten- und Auslagen-Rechnung auf im Ganzen fl. 780. 17 kr. von keiner Seite Einſprache erhoben.

2) Zählgebühren kann Appellant

a) von der Einnahme und Ausgabe der Curatel-Rechnung neben dem Verwaltungs-Honorar nicht beanſpruchen. Wenn ſich bei

Souchay, Anmerk. zur Reform. S. 1223.

bemerkt findet, das Honorar für Vormünder und Curatoren, die

zugleich Advocaten ſeien, pflege auf ¼ pCt. von dem verwalteten Capital beſtimmt zu werden, „ohne Einrechnung ſonſtiger Forderungen für eigentliche Advocaten-Geſchäfte," ſo trifft dieſe letztere Ausnahme keinesfalls die Geld-Einnahme und Ausgabe, die das eigentliche Hauptgeſchäft der Verwaltung und nicht ein beſonderes Advocatengeſchäft bildet.

b) Die Zählgebühr von der Einnahme und Ausgabe der Rechnung [76] iſt dem Appellanten gutgethan, jedoch — ſoviel die Ausgabe betrifft — mit vollem Rechte nicht von dem ganzen in der Rechnung vorkommenden Betrage derſelben, ſondern erſt nach Abzug Desjenigen, was Appellant auf Grund ſeiner Auslagen- und Deſerviten-Rechnung für ſich zurückbehalten hat. Dem Appellanten kommt hiernach an Zählgeldern ¼ pCt. von im Ganzen fl. 24,545. 9 kr. mit überhaupt fl. 61. 20 kr. zu.

c) Die vom Stadtgerichte verfügte Streichung der Zählgebühr von dem Kaufſchilling von fl. 40,000 endlich iſt, da Appellant zugibt, von dieſen fl. 40,000 Nichts baar vereinnahmt zu haben, nach der klaren Beſtimmung der Advocatentax-Ordnung vom 3. Auguſt 1853 pos. 13 und 14.

Geſetz-Sammlung IX. S. 228.

vollkommen gerechtfertigt.

3) Die Koſten der Rechnungsſtellung und Abſchriften endlich mit fl. 20 ſind nicht beanſtandet und nicht zu beanſtanden.

Hiernach ſtellt ſich der Geſammtbetrag der dem Appellanten gutzuthuenden Deſerviten und Auslagen — abgeſehen von ſeinem Antheil an dem Verwaltungs-Honorar der Curatoren — nicht, wie vom Stadtgerichte berechnet worden, auf fl. 842. 57 kr., ſondern, wie es im gegenwärtigen Urtheil ſich ausgedrückt findet, auf fl. 861. 37 kr. heraus, wogegen es bei der Aberkennung der mehrgeforderten ſein Bewenden haben muß.

III. Die in voriger Inſtanz erkannte Koſten-Compenſation, worauf ſich die dritte Beſchwerde bezieht, war der Sachlage entſprechend. Die Koſten gegenwärtiger Inſtanz waren ebenfalls zu vergleichen.

94.

Wolf Elias Behr Schwabacher, Kläger wider **Aloys Maria Wigard** zu Anſpach, Beklagten, Darlehensforderung, resp. Pfandverkauf betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 22. November 1854.

In Erwägung, daß

1) die Identität des Klägers mit dem in dem Vertrag (vom 10. April 1845) genannten Schwabacher nach den klägeriſchen, in der Replik enthalteuen Angaben, welchen Beklagter in duplic. nichts entgegenzuſtellen vermocht hat, keinem Bedenken unterliegt;

2) dahier weder locus solutionis, noch contractus iſt, daher eine perſönliche Klage gegen den dahier nicht domicilürten Beklagten als unzuläſſig erſcheint; hingegen

3) Kläger von dem Beklagten Werthpapiere zum Unterpfand erhalten hat, und die eventuell auf Veräußerung dieſer Werthpapiere gerichtete Klage zugleich als eine Pfandklage zu betrachten iſt, wenngleich der Sachführer in der Klagſchriſt dieſen Namen nicht gebraucht hat;

4) dieſe Pfandklage aber als eine in rem actio bei dem hieſigen Gericht als dem forum rei sitae — welches auch bei beweglichen Sachen eintritt — unbedenklich angeſtellt werden könnte, da das in dem Beſitz des nunmehr dahier domicilürten Klägers befindliche Unterpfand als dahier befindlich zu betrachten iſt; ſonach

5) die exceptio fori incompetentis als inſoweit verwerflich erſcheint, und es nur darauf ankommt, ob dem Kläger eine das Realrecht deſſelben bedingende, und zwar ſchon jetzt exigibele Forderung an den Beklagten zuſtehe;

6) das Vorhandenſein der klägeriſchen Forderung aber von dem Beklagten nicht beſtritten wird; und

7) ſoviel deren Fälligkeit anbelangt, der § 4 des Vertrags, wonach der Darleiher erſt ein Jahr nach vorausgegangener Aufkündigung das Capital zurückfordern darf, in substrato als maaßgebend nicht betrachtet werden kann, weil dieſer Paragraph ſich offenbar nicht auf den Fall bezieht, daß Beklagter mit den übernommenen Leiſtungen in Rückſtand bliebe, und vielmehr § 7 des Vertrags zur Anwendung zu kommen hat, nach welchem im Falle eines ſolchen Rückſtandes dem Kläger die Befugniß zuſteht, ſeine Befriedigung aus den depouirten Papieren zu entnehmen;

8) zu den von dem Beklagten übernommenen Leiſtungen aber nach § 6 des Vertrags die Ergänzung der Verſicherung gehört, wenn der Cours der verpfändeten Papiere in der Weiſe fallen ſollte, daß die klägeriſche Forderung mittelſt ¾ des Courswerthes der Papiere nicht mehr gedeckt wäre;

9) ein ſolches Herabgehen des Courſes der verpfändeten Wiener Bank-Actien und 5proc. Metallique-Obligationen allerdings eingetreten iſt, daher

10) die erhobene Klage ſo, wie dieſelbe angeſtellt worden, und ohne daß es einer Klage auf Ergänzung des Unterpfandes bedurft hätte, nach Maaßgabe des Vertrags als eine zur Zeit bereits begründete erſcheint;

11) Beklagter jedoch eine am 29. März 1849 zwiſchen den Partheien dahin vereinbarte Modification des Vertrags behauptet, daß an die Stelle der dem Kläger zugeſagten Ergänzung des Unterpfands eine von dem Kläger acceptirte ſchriftliche Zuſicherung des Freiherrn von Schaky getreten ſei, für den Beklagten fl. 3000 in Ablöſungsſchuldbriefen des (baieriſchen) Staates zu erlegen;

12) Kläger dieſer Behauptung widerſpricht, und lediglich erbötig geweſen ſein will, auf die dem Beklagten vertragsmäßig obliegende Ergänzung des Unterpfandes zu verzichten, nachdem als Surrogat derſelben der Betrag von fl. 3000 in Ablöſungsſchuldbriefen von dem Freiherrn von Schaky würden erlegt worden ſein, was indeſſen nicht geſchehen ſei;

13) Die Behauptung des Beklagten aber zum Beweis zu verſtellen iſt, weil, wenn dieſelbe ſich als wahr herausſtellte, Kläger ſich lediglich an den Freiherrn von Schaky wegen etwa unterblie-

bener Erfüllung der von dieſem gegebenen und von ihm — dem Kläger — acceptirten Zuſicherung zu halten hätte und eine Klage des Klägers gegen den Beklagten zur Zeit für begründet nicht zu erachten wäre;

14) in Betreff der Zinſen aus dem dargeliehenen Capital, ſowie der Zinscoupons der verpfändeten Werthpapiere, resp. des dem Beklagten angeblich entſtandenen Schadens die Angaben der Partheien zu vag und unbeſtimmt ſind, als daß hierüber eine Entſcheidung erlaſſen werden könnte,

I. hat vorbehältlich des Gegenbeweiſes Beklagter binnen 14 Tagen zu beweiſen:

daß der Vertrag vom 10. April 1845 durch einen ſpäteren Vertrag dahin abgeändert worden ſei, daß an die Stelle der dem Kläger nach §§ 1, 2 und 6 gebührenden Ergänzung des Unterpfandes eine von dem Kläger angenommene ſchriftliche Zuſicherung des Freiherrn von Schaky getreten, durch welche dieſer ſich verbindlich gemacht habe, für den Beklagten fl. 3000 in Ablöſungsſchuldbriefen des bayeriſchen Staates bei dem Kläger zu erlegen,

wobei beide Theile ſich der bei den Acten befindlichen Briefe, inſoweit dieſelben relevant ſein mögen, mitbedienen können.

II. Soll hiernach weitere Verfügung ergehen.

Dieſes Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 22. Januar 1855 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 25. Septbr. 1856 unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten beider Inſtanzen beſtätigt.

Entſcheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Anlangend

I. die vermeintliche Incompetenz der Frankfurter Gerichte für vorliegende Rechtsſache und den hierauf im Grav. I. gegründeten Antrag, die erhobene Klage abzuweiſen, ſo hat

A. Kläger dabei, daß das Stadtgericht für die auf Rückzahlung des Darlehens gerichtete perſönliche Schuldklage ſich für incompetent

erklärte, ſeinerſeits ſich beruhigt, auch hierzu um ſo mehr Anlaß gehabt, als inſoweit die Nothwendigkeit einer Verweiſung Klägers an den ordentlichen perſönlichen Gerichtsſtand des Beklagten auch nicht dem entfernteſten Zweifel unterliegen kann. Dermalen handelt es ſich lediglich

B. darum, ob das Stadtgericht ſich mit Recht für competent erachtet habe, über den weiteren Antrag des Klägers auf Ermächtigung zum öffentlichen Verkaufe der zur Sicherheit für jenes Darlehen vom Beklagten bei ihm deponirten Staatseffecten zu erkennen.

Nun hat zwar Kläger

1) dieſen Antrag nur mit ſeinem Geſuche um Verurtheilung Beklagtens zur Zahlung des Darlehens verbunden, auch im Klaglibelle nicht direkt und beſtimmt erklärt, daß er eventuell die Pfandklage erhoben haben wolle. Indeſſen dieſem letzteren Mangel iſt durch die deßfallſigen replicariſchen Erklärungen genügend abgeholfen, hierin auch keine unſtatthafte Aenderung der Klage, ſo daß dieſelbe wenigſtens angebrachtermaaßen, wie Beklagter beantragt hat, abgewieſen werden müßte, ſondern nur eine völlig zuläſſige Declaration des Klaglibells zu finden, wenn anders an ſich obiger Antrag als Pfandklage ſich anſehen und aufrecht halten läßt. Dieß kann aber kein Bedenken haben. Zwar wird die Pfandklage der Regel nach nur zu dem Behuf angeſtellt, um den entweder überall noch nicht erlangten oder wieder verloren gegangenen Beſitz des Pfandobjects und damit die factiſche Möglichkeit einer vollkommen wirkſamen Veräußerung zum Zwecke der Befriedigung aus dem Erlöſe zu erhalten. Indeſſen muß doch da, wo ſolche Pfandveräußerung, wie es nach dem in prozeſſualiſcher Hinſicht hier allein maaßgebenden Frankfurter Rechte, übrigens auch nach

Cod. civ. Maxim. II. 6. 12. § 5.

der Fall iſt, nur unter Intervention der Gerichte ſtattfinden darf, dem im Beſitze der Pfandobjecte ſchon befindlichen Gläubiger unbenommen bleiben, ſeine rechtliche Befugniß zu deren an ſich und factiſch wegen jenes Beſitzes unbehinderten Verkauf mittelſt förmlicher Klage darzulegen, resp. die gerichtliche Ermächtigung zu ſolchem auf dieſem Wege zu beſchaffen, und kann ſolcher Klage bloß um

deßhalb, weil der Beſitz der Pfandobjecte nicht erſt verlangt, ſondern als auf wirklicher Pfandberechtigung beruhend anerkannt werden ſoll, weder der Charakter einer dinglichen, noch insbeſondere einer Pfandklage abgeſprochen werden. Wiederholt hat denn auch ſchon früher in Fällen der obigen Art, wo mit der Schuldklage ein Antrag auf gerichtlichen Verkauf von Pfandſtücken verbunden war, erſterer aber wegen Mangels der Gerichtszuſtändigkeit keine Folge zu geben ſtand, das Ober-Appellationsgericht die Pfandklage als angeſtellt und inſoweit, dafern nur deren ſonſtige Bedingungen vorlagen, als begründet angenommen;

vgl. Erk. vom J. 1841 in Sachen von Bethmann ca. Cramer.*)

Erk. v. J. 1855 in Sach. Flersheim ca. Graf v. Geldern.**)

Für eine Pfandklage unterliegt nun

2) die Zuſtändigkeit des Frankfurter Gerichts, als fori rei sitae, auch im vorliegenden Falle keinem Bedenken. Denn es iſt

a) nach gemeinem und Frankfurter Rechte dieſes forum auch bei beweglichen Sachen und insbeſondere auch da unzweifelhaft anwendbar, wo das Pfandobject in Staatspapieren beſteht, an denen der Pfandgläubiger keineswegs ein bloßes pignus nominis, ſondern ein wirkliches Fauſtpfand, wie an anderen Waaren gewinnt. Es kann ebenſo wenig

b) der fernere Einwand des Beklagten, es ſei weder von dem Kläger beſtimmt genug behauptet, noch ſonſt aus den Acten erſichtlich, daß die Pfandobjecte ſich zu Frankfurt und damit im Bereiche der als forum rei sitae angegangenen dortigen Gerichte befänden, Beachtung finden, geſchweige denn zu Abweiſung des Klägers führen. Schon dieß könnte in ſolchem Betracht als ausreichend erachtet werden, daß Kläger, welcher ſich im rubrum als Frankfurter Bürger und damit Frankfurt als ſeinen Wohnort bezeichnet hat, im Klaglibelle S. 6 die zu veräußernden Effekten ein „in Händen gehaltenes Depot" nennt, jedenfalls wäre ein deßfallſiger Mangel der Klage durch die in der Replik S. 10 erſichtliche ganz beſtimmte Behauptung, es befänden ſich die fraglichen Staatspapiere zu Frankfurt, in voll-

*) Band II. Seite 88.

**) Band II. Seite 71.

kommen ſtatthafter Weiſe verbeſſert. Daß aber die Wahrheit dieſer Angabe nicht alsbald und daß ſie überhaupt nicht durch directen Beweis conſtatirt iſt, kann zur vorläufigen Rückweiſung der Klage oder zur Auflage eines deßfallſigen Vorbeweiſes um ſo weniger führen, als die Vermuthung dafür ſpricht, daß Kläger nach ſeinem neuen Wohnorte Frankfurt, wie überhaupt ſein Geſchäft und geſammtes Vermögen verlegt, ſo auch jenes beklagtiſche Depot gebracht haben werde, und als überdieß Beklagter ſolches direkt zu verneinen nicht gewagt, vielmehr ſogar mittelbar

c) durch den weiteren und hauptſächlichen Einwand anerkannt hat, daß Kläger die ihm zu Würzburg überwieſenen Staatseffecten gar nicht nach Frankfurt zu bringen befugt geweſen wäre, deren Dortſein weder dem Beklagten präjudiciren, noch überhaupt zur Begründung des fori rei sitae benützt werden könne.

Auch dieſer Einwand iſt für ganz grundlos zu erachten. Selbſt wenn hier ein depositum im engeren und eigentlichen Sinne vorläge und Würzburg ausdrücklich zum Aufbewahrungsorte beſtimmt wäre, würde bloß eine doloſe Wegſchaffung an einen anderen Ort als widerrechtlich gelten, ſonſt Beklagter nichts weiter verlangen können, als daß ihm auf Klägers Koſten zu Würzburg das Depot zurückgeliefert werde;

vergl. L. 12. § 1. D. depos. (16. 3).

Nun aber handelt es ſich hier nur um ein Fauſtpfand und nicht bloß, daß es in dem Vertrage vom 15. April 1845 an jeder Beſtimmung darüber fehlt, wo die zu Klägers Sicherheit deponirten Staatseffecten aufzubewahren ſeien, oder daß ſolches in Würzburg als dem Orte der Uebergabe geſchehen ſolle, kann auch, da jenes durch Briefwechſel von Wohnort zu Wohnort von den Partheien getroffene Abkommen nicht ſowohl den Pfand- und Schuldcontract ſelbſt, als nur ein pactum de mutuo et pignore dando enthält, in deſſen Folge erſt ſpäter zu Würzburg, als dem Wohnorte des Klägers, Entnahme des Darlehens und Hingabe des Depots eintrat, die dortige Behändigung und Aufbewahrung der verpfändeten Effecten überall nicht als ein essentiale, oder auch nur als ein naturale negotii erachtet werden.

Bloß weil zur Zeit, wo jener Vertrag zur Ausführung kam, Würzburg des Klägers Domicil war, iſt dieſe Stadt auch locus

depositionis et oppignerationis geworden. Nun unterliegt einerſeits das Domicil freibeliebigem Wechſel, andererſeits folgt das bewegliche Gut, vollends der eigentliche Geſchäftsfonds der Perſon des Inhabers bei bleibender Wohnortsveränderung ebenſo factiſch als in rechtlicher Hinſicht, und hat daher Beklagter die Verbringung jenes Depots nach Frankfurt, als dem neu erwählten Wohnorte Klägers, ſich gefallen zu laſſen.

Endlich kann auch

d) für die allein in Frage ſtehende Pfandklage und weil es ſich lediglich um die Zuſtändigkeit des fori rei sitae handelt, darauf nichts ankommen, ob Frankfurt als locus contractus et solutionis zu erachten wäre und ob bei Abſchluß jenes anderwärts zu Stande gekommenen und von anderen Orten aus brieflich verhandelten Abkommens irgend welche Rückſichtnahme auf Frankfurt oder eine Unterwerfung unter die dortige Gerichtsbarkeit obgewaltet habe. Im Uebrigen würde aber auch nach der Correſpondenz, welche ſeit der dem Beklagten vielleicht Anfangs unbekannt gebliebenen Ueberſiedelung Klägers nach und von Frankfurt aus zwiſchen den Partheien gewechſelt worden iſt, immer doch nur für die erſte Eröffnung, dagegen nicht für die dermalige Geſtalt des zwiſchen den Partheien beſtehenden Geſchäfts-Verkehrs jede Beziehung auf Frankfurt fehlen und ſogar anzunehmen ſein, daß Beklagter trotz jener Wohnſitz- und Depot-Verlegung nach Frankfurt in die Fortſetzung des Geſchäftsverhältniſſes mit Klägern eingewilligt habe. Es erſcheint ſonach in aller Weiſe gerechtfertigt, wenn die vorderen Sentenzen die Einrede völliger Incompetenz der Frankfurter Gerichte verworfen haben.

Zweifelhafter iſt dem erſten Anſcheine nach

II. der mittelſt Grav. II. weiter erfolgte Einwand des Beklagten, daß nach Maaßgabe des Vertrags vom 15. April 1845 für den Fall eines ſolchen Weichens des Tagscourſes, wobei zu ¾ deſſelben berechnet, das Effecten-Depot nicht mehr die klägeriſche Forderung decke, Kläger nur auf Beſchaffung ausreichender Sicherheit zu klagen berechtigt und bei dem Nichtgewähr die Rückzahlung eines Darleheus, resp. Ermächtigung zum Pfandverkaufe wenigſtens erſt nach vorgängiger einjähriger Kündigung zu fordern befugt ſei, daß ſonach die erhobene Klage jedenfalls als verfrüht erſcheine.

Denn allerdings ließe ſich der Wortlaut des Contracts zu Gunſten dieſes Einwandes geltend machen, weil einerſeits der § 6 für jenen Fall nur den Debitor zur Ergänzung der Verſicherung verbunden erklärt und im § 7 von einem Verfalltermine die Rede iſt, von welchem ab nach drei Tagen der Creditor befugt ſein ſoll, aus den deponirten Papieren ſeine Befriedigung zu entnehmen. Indeſſen würde eine Kündigungs-Pflicht und Friſt, wie ſie Beklagter in Anſpruch nimmt, nicht bloß der Natur der Sache und dem Zwecke der obigen Ergänzungs-Clauſel widerſprechen, die ja nur darauf berechnet iſt, trotz des oft raſchen und bedeutenden, dabei jederzeit unberechenbaren Wechſels, welchem der Marktwerth ſolcher Staatspapiere unterliegt, dem Gläubiger eine fortdauernde und jederzeit hinlängliche Sicherheit zu verſchaffen. Es iſt ferner, wie ſich aus

Bender, Verkehr mit Staatspapieren § 100 und 103.

ergibt, allgemein üblich, derartige Depotgeſchäfte dahin zu ſchließen, daß bei eintretendem Sinken des Werthes unter dem für die Deckung als Maaßſtab angenommenen Coursſatz, auf deßfalls geſtelltes Verlangen alsbald oder doch ſpäteſtens binnen 24 Stunden der Nachſchuß geleiſtet werden muß, ſonſt die Verwerthung des Depots eintritt. Von vorneherein iſt es daher kaum denkbar, daß die Clauſeln des hier vorliegenden Contracts den Sinn haben ſollten, welchen Beklagter ihnen vindicirt, und würde der von ihm beliebten Interpretation des Abkommens höchſtens dann beigetreten werden können, wenn der obige Wortlaut gar keine andere Auffaſſung zuließe. Nun aber iſt unverkennbar das vom Beklagten zu leiſtende Depot und daß daſſelbe, ſelbſt nur zu ¾ des Tagescourſes berechnet, den jeweilig ſchuldigen Betrag erreiche und decke, als die Bedingung anzuſehen, unter welcher allein die Credit-Eröffnung geſchehen, und auf Leiſtung, wie Belaſſung des Darlehens ein Anſpruch gewährt iſt. Bei Nichteinhaltung dieſer Bedingung und von dem Augenblick ab, wo der Tagescours unter dem ſtipulirten Maaße ſinkt, iſt daher eigentlich von ſelbſt der Credit als nicht eröffnet, die deßfalls ertheilte Zuſage als erloſchen und wirkungslos anzuſehen, dafern nicht der Debitor durch Nachſchuß die unzureichend gewordene vertragsmäßige Deckung wieder hergeſtellt. Will er von

der hier ertheilten Creditzusage noch ferner Gebrauch machen und dem durch das Sinken des Courses eo ipso eingetretenen Verluste des aus jener Zusage für ihn erwachsenen Rechts begegnen, so muß er das Depot vervollständigen, und insofern kann er allerdings, obwohl dieser Nachschuß sich auch als eine ihm ertheilte Befugniß darstellt, als zu Ergänzung der Sicherheit „verbunden" bezeichnet werden, keineswegs aber läßt sich das beiderseitige Rechtsverhältniß dahin auffassen, daß der Creditor trotz mangelnder Deckung zu Fortsetzung des Geschäfts verbunden, und bloß bessere Deckung zu verlangen befugt sei. Für die Erfüllung jener Vertragsverbindlichkeit wird nun zwar immer schon deßhalb, weil der Creditor dem Debitor von dem eingetretenen Sinken des Tagescourses unter die stipulationsmäßige Höhe, und von der dadurch herbeigeführten Nothwendigkeit einer Depotergänzung Kunde zu geben hat, und wird nicht minder in Folge des allgemeinen Grundsatzes eine gewisse Frist dem Debitor zu gewähren sein, daß auch da, wo sofortige Erfüllung Pflicht ist, die zu den deßfallsigen Vorkehrungen unentbehrliche Zeit nicht versagt werden darf. Allein gerade deßhalb kann man auch hier ganz füglich von einem „Verfall-Termine" sprechen, bis zu welchem der Debitor, wenn nicht das ganze Geschäft als erloschen gelten soll, von dem ihm gewährten Nachschußrechte Gebrauch zu machen, seiner deßfallsigen Verbindlichkeit nachzukommen habe, und von welchem ab, bei ausbleibendem Nachschusse die für die Verwerthung des Depots übliche oder wie hier besonders stipulirte Frist zu berechnen wäre. Mit dem Wortlaute des Contracts ist es sonach wohl vereinbar, wenn Kläger jene doppelte Einrede als eine grundlose angefochten hat. Da nun überdieß der § 4, welcher einjährige Frist stipulirte, offensichtlich nur den Fall einer freiwilligen Ankündigung vor Augen hat, und von der Stipulation des § 7 durch die wegen eventueller theilweiser Rücknahme, resp. Ergänzung des Depots in den §§ 5 und 6 getroffenen Bestimmungen getrennt ist, auch der § 7 eine an sich so natürliche und für den § 2 mehrfach vorkommende Remission auf den § 4 nicht enthält, zugleich in seinen Eingangsworten ganz allgemein dahin lautet, daß, wenn der Debitor „mit den übernommenen Leistungen im Rückstand bleiben sollte," der Creditor befugt sei, aus dem Depot seine Befriedigung zu ent-

nehmen, so war auch in Verwerfung der Einrede verfrühter Klagerhebung den vorderen Richtern beizutreten.

Völlig klar und näherer Darlegung kaum bedürftig ist

III. die Grundlosigkeit aller sonstigen Obmota, welche Beklagter wider die eventuelle Ermächtigung Klägers zu dem beantragten Pfandverkaufe, namentlich ad grav. III und IV vorgebracht hat.

Wie es nämlich

1) nach den vom Kläger beigebrachten Coursblättern keinem Zweifel unterliegt, daß die Voraussetzung, unter welcher die Deckung nicht mehr als stipulationsmäßig gelten kann, und die Nachschußpflicht begründet wird, eingetreten sei, dieß auch nach der Art, wie sich Beklagter hierüber auf die Angaben der Klage excipiendo und duplicando ausgelassen hat, als zugestanden, wenigstens nicht in gehöriger Weise bestritten zu erachten ist, so hat auch Beklagter

2) die in der Klage gehöriger Maaßen behauptete vorgängige und rechtzeitige Aufforderung zur Nachschußleistung nicht ausdrücklich verneint, und ergibt sich solche überdieß aus dem mit der Replik producirten, vom Beklagten anerkannten Briefe vom 2. April 1854.

Ferner hat

3) Beklagter nicht sowohl den vom Kläger zu fl. 6000 angegebenen Restbetrag der Darlehensschuld als unrichtig bestritten, vielmehr nur die Fälligkeit und Rechtsgültigkeit der klägerischen Forderung geläugnet, und dabei hat er, abgesehen von der eben schon beseitigten Einrede der verfrühten Klage, sowie der zum Beweis verstellten Einrede späteren anderweiten Abkommens über die Pfanddeckung, bloß darauf sich gestützt, es könnte sich bei der noch nicht erfolgten Abrechnung über die Zinszahlung und Einziehung der Coupons eine Minderung der Capitalschuld ergeben. Nun aber entbehrt diese Compensations-Einrede der gehörigen Substantiirung durchaus und für die jetzt allein noch in Frage stehende Befugniß und Ermächtigung Klägers zur Veräußerung des Pfandes, bei welcher der etwaige Rest des Erlöses dem Schuldner ebenso verbleibt, als für einen Rest der Schuld das Forderungsrecht fortdauert, kommt es überhaupt nicht auf den präcisen Betrag der Schuld an, so daß jener Einwand nur dann von Erheblichkeit wäre, wenn

Beklagter behauptet hätte, daß aus solcher Abrechnung sich gänzliche Tilgung oder doch eine solche Minderung seiner Schuld ergeben würde, bei welcher das Depot nach ¾ seines dermaligen Courswerths immer noch Deckung gewährte.

Wenn endlich

4) Beklagter darüber sich beschwert, daß nicht Klägern Rechnungsstellung auferlegt sei, so ist materiell das Interesse des Beklagten durch den in der Sent. a qua enthaltenen Vorbehalt einer besonderen Liquidations-Instanz vollständig gewahrt, und genügt es, noch darauf hinzuweisen, daß weder die Exceptionsschrift, noch die Duplik einen Antrag auf Rechnungsstellung enthält, mithin schon aus formellen Gründen nicht so, wie Beklagter jetzt gravaminando verlangt, erkannt werden konnte.

95.

Emanuel Buck zu Oberrad, Kläger, Widerbeklagter, jetzt Appellat wider **Dorothea Weyland,** geb. Hahn (als Erbin des Emanuel Hahn), Beklagte, Widerklägerin, jetzt Appellantin, Forderung, jetzt Beweisführung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. September 1856.

Die Entscheidung über die beklagtische Appellation hing wesentlich davon ab, was durch das in zweiter Instanz am 3. März 1854 bestätigte Beweisinterlocut des Stadtgerichts vom 19. December 1853 als Gegenstand der Beweis- und resp. Gegenbeweisführung festgestellt worden ist. In dieser Beziehung konnte nun kein Zweifel darüber bestehen, daß nur die Leistungen selbst, welche der Kläger dem verstorbenen Erblasser der Beklagten, Emanuel Hahn, beschafft zu haben behauptet hatte, zum Beweise verstellt worden sind, und daß der Beklagten kein anderer Gegenbeweis, als der gegen jene Beweisführung zu richtende direkte vorbehalten ist. Eines indirekten Gegenbeweises wird nicht nur in dem Beweis-Interlocute keine Erwähnung gethan, sondern diejenigen Momente, auf welche die Beklagte bei ihrer späteren Gegenbeweis-Ausführung und der hierher gerichteten Appellation sich im Wesentlichen gestützt hat, nämlich die Behauptung, daß Alles, was der Kläger dem verstorbenen Hahn im Laufe der Zeit etwa geleistet haben möchte, bezahlt sei, und daß der Kläger durch die mit dem Hahn wiederholend gepflogenen Abrechnungen, sowie durch die später an die Beklagte geleisteten Zahlungen auf seine Forderungen verzichtet oder doch das Nichtbestehen seinseitiger Forderungen anerkannt habe, sind entweder gänzlich, oder doch in dem Maaße, wie sie von der Beklagten geltend gemacht worden

ſind, verworfen worden. Gänzlich und ausdrücklich iſt dieß geſchehen in Betreff der Einrede der Zahlung in dem Stadtgerichts-Interlocute sub 2 in dem Appellationsgerichts-Erkenntniſſe vom 3. März 1834 sub 3. — Und die Einrede des Verzichts und der Abrechnung iſt als ſelbſtſtändiges Exceptional-Moment ebenfalls verworfen, und nur das iſt der Beklagten vorbehalten worden, die aus den von ihr erwähnten factiſchen Umſtänden etwa abzuleitenden Vermuthungen bei der ihr zuſtehenden Führung des (direkten) Gegenbeweiſes ſo weit wie thunlich zu benutzen. Nach ſolcher Geſtalt rechtskräftiger Feſtſtellung der Sachlage kam es nur darauf an, ob von Seiten der Beklagten entweder

a) gegen die Beweiskraft oder Relevanz der klägeriſchen Beweismittel (begründete) Einwendungen vorgebracht worden ſeien, oder ob

b) ein Gegenbeweis dahin vorliege, daß die von dem Kläger behaupteten Leiſtungen überhaupt nicht beſchafft worden ſeien. Aeußerſten Falles wäre der Gegenbeweis etwa dahin zu richten geweſen, daß die fraglichen Leiſtungen keinen den verſtorbenen Hahn obligirenden Charakter an ſich getragen hätten.

Was

ad a) den erſten der vorerwähnten Punkte anlangt, ſo hat die Beklagte darüber, daß das Stadtgericht in dem am 4. April 1848 abgegebenen Erkenntniſſe die klägeriſche Beweisführung in Betreff der in Rede ſtehenden Leiſtungen — mit alleiniger Ausnahme der in die Jahre 1836 bis 1842 fallenden häuslichen Dienſte, wegen welcher auf die Eidesdelation eingegangen iſt — für hinlänglich gelungen erklärt hat, um ein klägeriſches Suppletorium anzuordnen, überhaupt keine Beſchwerde geführt, und es kam mithin nur darauf an, ob ſelbſtſtändige Gegenbeweismittel in der

ad b) gegebenen Richtung vorliegen. Daß dieß zu verneinen ſei, ergibt ſich klar aus den Acten. Das Nichtbeſchafftſein der von dem Kläger behaupteten Leiſtungen zu beweiſen, hat die Beklagte überhaupt nicht verſucht. Daſſelbe gilt von dem möglichen Einwande, daß es jenen Leiſtungen an einem, den Hahn obligirenden Charakter gefehlt, der Kläger alſo die Leiſtungen animo donandi beſchafft habe, oder daß dieſelben etwa remuneratoriſche Erweiſe für abſeiten

des Hahn ihm, dem Kläger, gewährte Liberalitäten geweſen ſeien. Statt auf Punkte der vorbemerkten Art, ſo hat die Beklagte ihre Beweisführung — durch den Schuldſchein Act. Nr. [6], die Buchaufzeichnungen des verſtorbenen Hahn, die kleinen, bei den Acten befindlichen Zahlungsbelege und die Ausſage des Zeugen Böhm — nur darauf gerichtet, daß Buck's Lage nicht von der Art geweſen ſei, mit erheblichen Forderungen, zumal einem Manne, wie der verſtorbene Hahn, gegenüber, in Vorſchuß zu ſtehen, und daß, wegen der von Seiten des Hahn dem Buck gemachten Vorſchüſſe und der ihm verſchiedentlich geleiſteten Zahlungen zum Theil auch für Leiſtungen ſolcher Art, welche von Buck in vorliegender Sache eingeklagt worden, endlich wegen der zwiſchen Buck und Hahn bei Gelegenheit der Miethezahlungen vorgenommenen Kürzungen und gepflogenen Abrechnungen mit großer Wahrſcheinlichkeit anzunehmen ſei, der verſtorbene Hahn habe Alles, was er dem Buck für Leiſtungen oder für gehabte Auslagen etwa ſchuldig geworden ſei, bezahlt, und ſei ihm mithin Nichts ſchuldig geblieben. Hierauf würde es allerdings dann ankommen, wenn die Einrede der Zahlung oder der Berichtigung durch gepflogene Abrechnung in Frage ſtünde, was aber, wie bereits hervorgehoben worden, der Fall nicht iſt. Darauf, daß Hahn die eingeklagten Forderungen oder einzelne Theile derſelben überhaupt niemals ſchuldig geworden ſei, laſſen die angeführten Umſtände keinen oder doch nur ſo unſichern Schluß zu, daß hierdurch das Reſultat der Beweisführung, wie es von der erſten Inſtanz im Erkenntniß vom 4. April 1855 beſtimmt worden iſt, nicht abgeändert werden kann.

96.

Franz Peter Buhl zu Deidesheim, Kläger gegen **D. Gläntzer** aus Mannheim, Beklagten, wegen Forderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 6. October 1856.

Den auf Verurtheilung des Beklagten, eventualiter auf einen diesem principaliter aufzuerlegenden Beweis gerichteten Beschwerden des Klägers konnte nur in der beschränkten Weise entsprochen werden, daß statt auf Abweisung der Klage auf Beweis über dieselbe zu erkennen war.

Das Klagfundament besteht darin, daß am 1. August 1853 der Beklagte die in [4] facturirten Waaren in eigenem Namen von dem Kläger zu Frankfurt in der Wohnung von Warnecke gekauft habe. Dieser Behauptung hat der Beklagte widersprochen und seinerseits behauptet, er habe keinen Kauf abgeschlossen, sondern nur die Vermittelung eines solchen übernommen, nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung contrahirt. Nach richtigen Grundsätzen über die Beweislast ist daher zunächst der Kläger verbunden, den Beweis seines Klagfundaments zu liefern, und war ihm derselbe aufzulegen, da seiner Ansicht, daß der Beweis bereits vollständig, oder doch soweit, daß es sich nur noch um die Nachlassung eines Gegenbeweises handeln könne, in den Acten enthalten sei, nicht beigepflichtet werden konnte. Denn

1) die Anwesenheit des Beklagten in Deidesheim, die dortige Anerkennung der Verpackung der Waare, der Auftrag, dieselbe an Warnecke abzusenden und die ferner in Betreff derselben gemachten Verfügungen, welches Alles aus den Schreiben des Beklagten an Warnecke vom 7. August und 18. September 1853 hervorgeht und von dem Beklagten nicht in Abrede genommen wird, ergibt nicht, daß derselbe in eigenem Namen contrahirt hat. Mag er dem Kläger

gegenüber eine Verkaufsvermittlung übernommen, oder mag er von ſolchem für einen ungenannten Dritten unter Uebernahme des del credere gekauft haben, ſo ſteht damit die oberwähnte Handlungsweiſe nicht im Widerſpruch, enthält auch kein argliſtiges, den Beklagten etwa zum Schadenserſatz verpflichtendes Betragen, da er, ſeiner Behauptung nach, ſich die ſpätere Nennung des Käufers vorbehalten hat, ſein Schweigen mithin zu der Annahme, er habe die Waare für ſich gekauft, nicht berechtigen konnte. Ebenſo wenig läßt ſich

2) mit dem Kläger annehmen, ſobald der Beklagte zugeſtanden, daß er mit Kläger contrahirt habe, ſo ſei Beklagter zahlungspflichtig, falls er nicht einen andern Inhalt des Contocorrents nachweiſe. Sollte Beklagter nur ein Verkaufsmandat behauptet und den Abſchluß eines Kaufes geläugnet haben, ſo verſtände ſich die Verpflichtung des Klägers, zunächſt das von ihm behauptete Geſchäft nachzuweiſen, von ſelbſt. Allein auch dann, wenn Partheien darüber einverſtanden ſind, daß das abgeſchloſſene Geſchäft ein Kauf geweſen ſei, und nur darin von einander abweichen, daß der Eine behauptet, der Gegner habe im eigenen Namen, der Andere dagegen, er habe in fremdem Namen contrahirt, enthält die letztere Behauptung nicht etwa eine dem zugeſtandenen Klagfundament gegenüber vorgeſchützte Einrede, ſondern die Behauptung eines Thatumſtandes, welcher zum eigentlichen Gegenbeweiſe gehört; und es liegt zunächſt dem Kläger ob, darzuthun, daß der Beklagte ſein Mitcontrahent in eigenem Namen geweſen ſei. Hierfür enthält aber

3) die von den Partheien beigebrachte Correſpondenz ſo wenig, daß es ſich nach ſolcher vielmehr fragen könnte, ob nicht der Beklagte den eigentlichen Gegenbeweis eines Kaufes für fremde Rechnung bereits erbracht habe. Es war jedoch auch dieſer Auffaſſung nicht beizutreten. — — — — — — — — — — —

Es war daher dem Kläger, ſowie im Urtheil geſchehen, Beweis aufzuerlegen und dagegen dem Beklagten der eigentliche Gegenbeweis vorzubehalten, welchen derſelbe auch dadurch zu führen im Stande iſt, daß er die aufgeſtellte Behauptung, der Kläger habe Ende September 1853 in Deidesheim die von dem Beklagten vertretene Auffaſſung des Geſchäftes als die richtige anerkannt, zur juriſtiſchen Gewißheit erhebt.

Dagegen konnte der Einwand des Beklagten, die Waare sei weder probemäßig, noch Kaufmannsgut gewesen, auf welchen der Beklagte in jetziger Instanz nicht besonders zurückgekommen ist, um deßwillen nicht zum Beweise verstellt werden, weil es jenem Einwand an ausreichender Begründung fehlt.

Ebenso wenig konnte die von dem Beklagten in der Gegenerklärung aufgestellte Behauptung, der Beklagte sei dann, wenn er in fremdem Namen gehandelt hätte, dennoch in den klagend geforderten Betrag zu verurtheilen, weil er nach Poser's Schreiben vom 26. September nicht dessen Auftrag erfüllt habe, und von solchem nicht vertreten werde, indem der Facturabetrag der Größe des von dem Beklagten dem Kläger verursachten Schadens gleichkomme, über deren Nichtberücksichtigung in beiden vorigen Instanzen der Kläger sich in jetziger Instanz beschwert hat, Berücksichtigung finden.

Denn dem Obigen zufolge ist die Behauptung des Beklagten, er habe das Geschäft in fremdem Namen abgeschlossen, keine selbstständige Einrede, sondern verneinende Einlassung, hiergegen aber eine wahre Replik unmöglich. Selbst dann aber, wenn man jene Behauptung als Einrede aufzufassen hätte, würde in der obgedachten Aufstellung des Klägers nicht eine Replik liegen, durch welche die Einrede nicht beseitigt würde, sondern der Inhalt der Einrede würde vielmehr zu einem selbstständigen Klagantrag benutzt, was in der Replikenschrift unzulässig ist.

Von selbst verstand es sich, daß es den Partheien unbenommen bleibt, sich zur Führung der ihnen obliegenden Beweise der in den Acten bereits geltend gemachten Momente zu bedienen.

Die Kosten endlich anlangend, so mußte die in dem vorigen Urtheil ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten in ein Viertheil der in erster Instanz erwachsenen Kosten als entsprechend erachtet werden, und war daher insoweit das gedachte Urtheil zu bestätigen. Das Erkenntniß über drei Viertheile gedachter Kosten war von der Führung des auferlegten, resp. nachgelassenen Beweises abhängig zu machen, wogegen es bei der Kostenvergleichung voriger Instanz zu belassen war, wie denn auch für die in jetziger Instanz wegen Wechsels der Erkenntnisse das Gleiche erkannt werden mußte.

97.

Ruppel, Heinrich, Kläger, Appellant gegen **Reif & Söldner,** Beklagte, Appellaten, Forderung, zunächst Reſtitution betreffend.

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. October 1856.

— — — — — — — — — — — — — —

Da das von dem Kläger zur Begründung ſeines Geſuches um in integrum restitutio wider den am 15. Juli eingetretenen Ablauf der Introductionsfriſt der von ihm gegen das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 9/20. Mai eingewendeten Appellation Vorgebrachte als zu dem gedachten Zweck unzureichend anzuſehen iſt, indem

1) der von dem Kläger behauptete dolus der Beklagten, oder doch des Mitinhabers der beklagtiſchen Firma „Reif" nicht dahin gerichtet geweſen ſein ſoll, den Kläger durch den Gang, welcher den Vergleichsunterhandlungen gegeben worden, zu dem Nichtverfolgen der eingelegten Appellation zu verleiten, während doch nur eine derartige Abſicht der Beklagten hier in Betracht kommen könnte; indem ferner

2) auch nicht etwa ein Irrthum, vollends kein entſchuldbarer Irrthum des Klägers oder ſeines Anwaltes darüber angenommen werden kann, daß die in Rede ſtehende, zwiſchen dem Kläger, dem Reif und dem in den Acten genannten Haas gepflogene Vergleichsunterhandlung ſchon vor dem Ablauf der Introductionsfriſt zu einem feſten Abſchluſſe gekommen geweſen ſei; da nämlich, wenn auch klägeriſcherſeits am 7. Juli wirklich angenommen worden ſein ſollte, daß ein die anhängige Rechtsſache erledigender Vergleich geſchloſſen, oder doch völlig geſichert ſei, die ſpäteren Vorgänge die Unrichtigkeit dieſer Annahme außer Zweifel geſtellt haben, indem der beklagtiſche Anwalt, Dr. T., dem klägeriſchen Anwalte,

Dr. M., am 8. Juli einen ſchriftlich ausgearbeiteten Vergleichs-Entwurf mittheilte, welcher klägeriſcherſeits als ſolcher entgegengenommen wurde, auf welchen jedoch ſo wenig eine das Einverſtändniß bezeugende Erwiderung erfolgte, daß im Gegentheil Dr. M. durch mehrere dem Entwurfe beigefügte, zum Theil weſentliche Abänderungsvorſchläge und deren noch am 1. Auguſt dem Dr. T. gemachte Mittheilung beſtimmt zu erkennen gab, daß um die Zeit, wo die Appellation äußerſten Falles hätte introducirt werden müſſen, kein Vergleich zu Stande gekommen ſei;

da auch nicht etwa das Reſtitutionsgeſuch auf ein Verſehen des klägeriſchen Anwaltes geſtützt, im Gegentheile die Schuldloſigkeit deſſelben behauptet worden iſt,

ſo erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands ohne Weiteres für Recht:

daß, wie hiermit geſchieht, das klägeriſche Reſtitutionsgeſuch zu verwerfen und der Kläger in die Koſten des Reſtitutionsverfahrens zu verurtheilen ſei.

98.

Theodor Pfretzſchner, Kläger wider **Jacob S. Fürth,** Beklagten, und **Carl Philipp Büchler,** Litisdenunciaten, Herausgabe von Waaren betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 28. Juni 1854.

I. Die erhobene Klage auf Herausgabe der in [3] verzeichneten Waaren iſt darauf gegründet, daß der Handelsmann Johann Ludwig Schnerr von der Handlung C. Ph. Sues, resp. deren Inhaber C. Ph. Büchler dieſe Waaren „eigenthümlich übertragen erhalten" und dem Kläger auf Lager gegeben, darauf Büchler am 25. Auguſt 1853, unter dem Vorgeben, von dem Eigenthümer dazu beauftragt zu ſein, die gedachten Waaren beim Kläger in Empfang genommen und dem Beklagten für fl. 600 verkauft habe, in Folge deſſen Kläger, weil er ſich die Waare habe ausſchwindeln laſſen, genöthigt geweſen ſei, dem Eigenthümer derſelben Erſatz deren Werthes nach Maaßgabe jenes Kaufpreiſes zu leiſten, wogegen Schnerr dem Kläger jura cessa ertheilt habe.

II. In ihrer eventuellen Einlaſſung läugnen der Beklagte und deſſen Litisdenunciat Büchler:

1) die Angaben des Klägers über das bis zum 25. Auguſt v. J. unter den genannten Perſonen angeblich beſtandene Verhältniß, und führen als anderen Sachverhalt an, Büchler ſei Eigenthümer der Waaren geblieben, und Büchler habe dieſelben dem Kläger zum Aufbewahren übergeben;

2) daß Büchler bei Empfangnahme der Waaren vorgegeben habe, von Schnerr hierzu beauftragt zu ſein, daß Kläger an Schnerr Erſatz zu leiſten genöthigt geweſen ſei und ſolchen geleiſtet habe. Dagegen

3) weder der Beklagte, noch deſſen Litisdenunciat die von dem Kläger behauptete Ceſſion genügend verabredet haben. Denn Kläger hatte in ſeiner Klagſchrift angeführt, daß Schnerr ihm „ausweislich der Anlage 2" jura cessa ertheilt habe, und die in dieſer Anlage enthaltene, J. L. Schnerr unterfertigte Ceſſionsurkunde vom 28. Auguſt 1853 iſt als unächt oder als nicht ſo, wie in der Anlage enthalten, niedergeſchrieben und unterzeichnet überall nicht angefochten; vielmehr ergibt ſich aus den Erklärungen des Beklagten und des Litisdenunciaten, daß dieſelben gar nicht gemeint ſind, die Vornahme des Ceſſions-Actes zu läugnen, ſondern nur die Aufrichtigkeit und die behaupteten Motive der Ceſſion und die rechtliche Wirkung derſelben beſtreiten wollen. Es muß daher Beklagter für geſtändig erachtet werden, daß die in der gedachten Anlage enthaltene Erklärung des Schnerr von demſelben herrühre.

III. Neben dieſer eventuellen Einlaſſung beſtreiten Beklagter und deſſen Litisdenunciat die Klagbegründung,

1) indem ſie durch die in [3] enthaltene Erklärung des Klägers vom 5. Juni 1853 des Inhaltes: „Verzeichniß der bei mir aus der Handlung C. Ph. Sues in Frankfurt am Main niedergelegten Waaren," und durch den Umſtand, daß das dieſer Erklärung nachfolgende Verzeichniß von dem Kläger und von Büchler unterſchrieben iſt, den Beweis geführt erachten, daß Schnerr niemals Eigenthümer der fraglichen Waaren geworden ſei. Allein die gedachte Erklärung kann dieß in keiner Weiſe darthun, denn, abgeſehen von der Bedeutung der Worte: „aus der Handlung," kann es ſehr wohl ſein, daß bei vorausgegangener Uebereinkunft gerade durch Niederlegung der Waaren beim Kläger, wenn dieſer Mandatar von Schnerr war, das Eigenthum der Waaren an Schnerr übergegangen iſt, oder daß der Eigenthumsübergang erſt nach dem 5. Juni v. J. Statt gefunden hat. Die Richtigkeit der Abſchrift des Verzeichniſſes in [3] ſteht, da dieſelbe nur bezüglich der verzeichneten Waaren angefochten iſt, nach der unten zu erwähnenden Uebereinkunft nicht mehr in Frage. Sodann

2) beſtreiten Beklagter und Litisdenunciat die rechtliche Wirkung der oben für eingeſtanden erachteten Ceſſion. Es kann nun zwar die Erklärung des Schnerr „ſo übertrage ich an Herrn Pfretzſchner

alle mir bezüglich dieſer Waaren zuſtehenden Rechte, namentlich auch meine Eigenthumsanſprüche an dieſe Waaren und mein Klagrecht gegen obgedachten Herrn Fürth," da eine Tradition dieſer Waaren an den Kläger, welcher am Tage der Ceſſion deren Beſitz bereits verloren hatte, nach deſſen eigenen Angaben nicht erfolgt iſt, den Kläger auch nicht, wie derſelbe in ſeinen erſten Schriftſätzen anzunehmen ſcheint, zum Eigenthümer der gedachten Waaren machen, dagegen iſt die geſchehene Uebertragung der dem Schnerr zuſtehenden Eigenthumsklage an den Kläger nach dem Wortlaut der Ceſſion unzweifelhaft, denn nicht nur iſt die Abtretung der Vindicationsklage auch ohne Uebertragung des Eigenthums zuläſſig,

Mühlenbruch, Lehre v. d. Ceſſion S. 245.

Seuffert, prakt. Pand. Recht § 297. Nr. 3.

ſondern es würde ſogar Kläger, wenn er ſofort dargethan hätte, daß er, wie von ihm behauptet iſt, an Schnerr für die Waaren Erſatz geleiſtet habe, zur Anſtellung der Klage nicht einmal einer Ceſſion bedürfen.

Mühlenbruch, a. a. O. § 37. IV. 5. S. 411.

Vangerow, Leitfaden III. S. 115.

Gegen die Zuläſſigkeit der erhobenen Klage kann aber aus der angeführten Auffaſſung des Klägers ein Einwand nicht erhoben werden, da neben dieſer Auffaſſung ſchon in der Klage angeführt iſt, daß Kläger als Ceſſionar Schnerr's die Herausgabe der Waaren verlange, und gerade dieſes Klagfundament in ſeiner ſchließlichen Erklärung auf das Beſtimmteſte aufrecht erhält. Hierbei iſt es dann auch ganz gleichgültig, ob Schnerr von dem Kläger Erſatz der Waaren erhalten habe, oder nicht.

3) Beklagter und Litisdenunciat haben die Einrede der Simulation der Ceſſion vorgeſchützt. Dieſelbe iſt, gleichwohl, daß der Ceſſionsact für erwieſen erachtet werden mußte, an ſich zuläſſig, da immerhin neben dieſem die Verabredung getroffen worden ſein könnte, daß eine wahre Uebertragung des Klagrechts an den Kläger nicht ſtattfinden, ſondern die ausgeſtellte Ceſſion nur als Legitimation des Klägers zur Sache dienen ſolle. Allein da die Simulation nach dem Anführen des Beklagten und Litisdenunciaten nur in dem Angeführten beſtehen ſoll, ſo fehlt es denſelben an jeglichem Intereſſe, die Gültigkeit der

Ceſſion zu beſtreiten, denn wäre die Ceſſion ſimulirt, ſo würde alsdann das wirklich abgeſchloſſene Geſchäft, daß Schnerr den Kläger mit der Führung des jetzigen Prozeſſes beauftragt habe, gelten, und der Kläger als Mandatar zur Prozeßführung legitimirt ſein.

Entſcheidungsgründe des Ober-Appell.-Gerichts in Sachen:

Stern ca. Taunus-Eiſenbahn-Comité 1840.

Marſchall ca. Müller 1842.

IV. Hiernach erſcheint die erhobene Klage, den Beweis des Klaggrundes, daß Schnerr Eigenthümer der fraglichen Waaren ſei, vorausgeſetzt, nach der Beſtimmung in Reform. II. Thl. 2. § 2 begründet, und hat nur jetzt in Folge der bei der Gerichts-Commiſſion getroffenen Uebereinkunft, womit auch beide Theile einverſtanden ſind, an die Stelle des urſprünglichen Klagobjects deſſen Werth von fl. 600 zu treten.

V. Dagegen ſind, außer der bereits geprüften Einrede der mangelnden Activlegitimation, die weiter von dem Beklagten und Litisdenunciaten vorgeſchützten Einreden ſämmtlich als unbegründet zu verwerfen. Denn

1) die Einrede der falſch gewählten Klage beſeitigt ſich durch das unter III. Ausgeführte, und die des falſch gewählten Beklagten durch das eigene Geſtändniß deſſelben, daß er Beſitzer der fraglichen Waaren ſei.

2) Die Einrede, daß Schnerr zufolge eines abgeſchloſſenen Vertrages niemals die Berechtigung zur Ceſſion der Waaren, und weniger noch die Verfügung über den Erlös aus denſelben erhalten habe; Büchler vielmehr zur Veräußerung befugt geweſen ſei, ſowie die Einreden des nicht erfüllten Vertrages, der Zahlung und Compenſation und der Verwendung zum eigenen Nutzen beruhen ſämmtlich auf einer, nach der Darſtellung des Litisdenunciaten der Niederlegung der Waaren beim Kläger vorangegangenen Uebereinkunft wegen Verwendung des künftigen Erlöſes dieſer Waaren. Aus dieſer Uebereinkunft aber können dem jetzigen Vindicanten und deſſen Cedenten Einreden nicht entgegengeſetzt werden, da, wenn Schnerr durch eine ſpätere Uebereinkunft und Tradition das Eigenthum der fraglichen Waaren erworben hat, die frühere Uebereinkunft

nothwendig aufgehoben worden ist, und derartige Bedingungen, bei dem Mangel einer deßfallsigen Behauptung, nicht für mit dem Eigenthum der Waaren auf Schnerr übergegangen erachtet werden könnten.

3) Die Einrede, daß Schnerr durch Cession der Waaren doppelte Befriedigung erhalten würde, entbehrt der erforderlichen Substantiirung.

4) Die Einrede aus der angeblichen Selbsthülfe ist rechtlich unbegründet, da Litisdenunciat selbst zugibt, daß die gegen ihn gebrauchten Drohungen und die angewendete Zurückhaltung in dem Locale des Klägers erfolglos geblieben seien.

5) Die Einrede des Litisdenunciaten Büchler, daß er den Verkauf der fraglichen Waaren an den Beklagten nur auf ausdrückliches Ersuchen des sowohl von Schnerr, als von ihm selbst mit der Liquidation des Geschäftes, aus welchem diese Waaren herrührten, beauftragten Herrn Dr. G. vorgenommen habe, muß gleichfalls als unbegründet verworfen werden, denn, wenn auch Herr Dr. G. in dieser Weise bevollmächtigt gewesen ist, so kann doch der Litisdenunciat, resp. der Beklagte aus der behaupteten Zustimmung des Herrn Dr. G. zu dem fraglichen Verkaufe für den Fall, daß damals Schnerr das Eigenthum bereits erworben hatte, eine Einrede gegen diesen und dessen Cessionar nicht hernehmen, da mit der Uebertragung des Eigenthums dieser Waaren an Schnerr die Liquidation hinsichtlich eben dieser Waaren eingetreten und somit das Mandat des Herrn Dr. G. insoweit beendet gewesen wäre.

6) Die dem jetzigen Kläger aus seiner Person entgegengesetzte Einrede, daß mit seinem Wissen und unter Mitwirkung seiner Dienstleute Beklagter den Besitz der Waaren erlangt habe, würde dem Schnerr und dem Kläger als dessen Mandatar schon aus dem Grunde nicht entgegenstehen, weil nicht behauptet ist, daß Kläger hierbei in Auftrag von Schnerr gehandelt habe, aber auch dem Kläger als Cessionar gegenüber nicht begründet sein, da die Berufung auf ein bloßes Factum der Tradition den Beklagten ebenso wenig von der Vindication befreien kann, als die Berufung auf den Besitz, eine justa causa der Tradition aber nicht dem Kläger, sondern nur dem Litisdenunciaten gegenüber begründet sein würde.

VI. Die von dem Beklagten in der Vernehmlassung aus dem Grunde, weil er durch Anstellung der Klage an der Veräußerung der Waaren verhindert worden sei, sich vorbehaltenen Ansprüche müssen zwar auch jetzt bei eintretender Verurtheilung desselben nach dem oben Angeführten hinwegfallen, sind dagegen dem Beklagten für den Fall, daß Kläger sachfällig würde, vorzubehalten.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. Würde Kläger binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises, beweisen:

„daß der Handelsmann Ludwig Schnerr die in [3] der Acten verzeichneten Waaren vor deren durch den Handelsmann Büchler vorgenommenem Verkaufe an den Beklagten von Büchler eigenthümlich übertragen erhalten habe,"

so ist Beklagter schuldig, dem Kläger, statt Auslieferung der Waaren, die Summe von fl. 600 zu bezahlen und die Streitkosten zu erstatten.

II. Führt Kläger diesen Beweis nicht, so wird derselbe mit seiner Klage, unter Verurtheilung in die Kosten, abgewiesen, und bleibt dem Beklagten die Liquidation des ihm durch den verhinderten Verkauf der Waaren etwa entstandenen Schadens vorbehalten.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten und des Litisdenunciaten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät Berlin) vom 28. März 1855 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 30. October 1856 unter Verfällung der Appellanten in die Kosten beider Instanzen bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Appellanten haben die in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden gegenwärtig wiederholt und in dreifacher Richtung näher ausgeführt. Sie sind

I. der Ansicht, die Klage hätte sofort refusis expensis zurückgewiesen werden müssen, und stützen dieß

a) darauf, daß es an genügenden Angaben darüber fehle, wie Schnerr, als dessen Cessionar Kläger aufgetreten ist, „Eigenthümer"

der vindicirten Waaren geworden ſei. Dieß iſt jedoch nicht richtig. Kläger hat bereits in der Klage behauptet, daß die fraglichen Waaren von deren früherem Eigenthümer, dem Litisdenunciaten, auf Schnerr eigenthümlich übertragen worden ſeien, und aus den replicariſchen Erklärungen, wenn man ſie mit dem zuſammenhält, was vom Beklagten und Litisdenunciaten über das urſprünglich zwiſchen Letzterem und Schnerr obwaltende Rechtsverhältniß angegeben und vom Kläger nicht beſtritten worden iſt, ergibt ſich über jene angebliche Eigenthums-Uebertragung das Genügende. Danach ſoll Litisdenunciat, der unbeſtritten als früherer Inhaber der Handlung C. Ph. Sues Eigenthümer der Waaren geweſen iſt, dieſe an Schnerr dergeſtalt eigenthümlich überlaſſen haben, daß Letzterer dieſelben zu verkaufen und die dafür erlöſten Preiſe dem Litisdenunciaten in Anrechnung zu bringen, resp. für denſelben übereinkunftsmäßig zu verwenden hatte. Hierin iſt ein Verkauf der fraglichen Waaren an Schnerr zu finden, bei dem der Kaufpreis zwar nicht ſofort dem Betrage nach feſtgeſetzt, wohl aber dadurch genügend beſtimmt worden iſt, daß er in eben der Geldſumme beſtehen ſollte, die Schnerr durch den Weiterverkauf erlöſen werde.

cf. L. 7. § 1 und 2. D.; L. ult. cod. de contrah. emt.

Die zum Eigenthumsübergange weiter erforderliche Tradition aber ſoll durch Ueberlieferung der Waaren an Kläger als Stellvertreter des Schnerr erfolgt ſein. — Appellanten glauben

b) die Zurückweiſung der Klage deßhalb verlangen zu können, weil der Gegenbeweis — daß nämlich Schnerr niemals Eigenthümer der fraglichen Waaren geweſen ſei — bereits in den Acten liege. — Dieß iſt jedoch eine grundloſe Behauptung. Appellanten berufen ſich

1) darauf, daß die Urkunde über die Hinterlegung der fraglichen Waaren beim Kläger die Ueberſchrift: „Verzeichniß der bei mir (Pfretzſchner) aus der Handlung Carl Ph. Sues in Frankfurt niedergelegten Waaren" und die Unterſchrift des Klägers und des Litisdenunciaten führt; allein es bedarf keiner Ausführung, daß nicht einmal für das Factum der Hinterlegung der Waaren durch Litisdenunciaten und noch viel weniger darüber, wer zur fraglichen Zeit Eigenthümer derſelben geweſen, aus jenem Umſtande irgend Etwas mit Sicherheit entnommen werden kann. — — — —

Appellanten behaupten

II. eventuell, daß die dem Kläger zu machende Beweisauflage anders, als vom Stadtgerichte geſchehen, normirt werden müſſe, indem ſie

a) der Meinung ſind, es habe nur ein nach Niederlegung der Waaren beim Kläger Statt gehabter Eigenthumserwerb zu Beweis verſtellt werden dürfen, weil die Entſcheidungsgründe des Stadtgerichts darauf Gewicht legten, daß die bis zu jenem Zeitpunkte zwiſchen Schnerr und Litisdenunciaten beſtanden habenden Rechtsverhältniſſe durch den Eigenthumserwerb des Schnerr ihre Wirkſamkeit verloren hätten, folglich auch nur einem ſpäteren Eigenthumserwerb Erheblichkeit zukomme. — Hiergegen iſt aber ſchon die Erwägung entſcheidend, daß es für die Begründung des Klagrechts, um welche es ſich hier allein handelt, ganz einerlei iſt, wann Schnerr das Eigenthum der fraglichen Waaren erworben, ſofern dieß nur vor dem Zeitpunkte geſchehen, wo Litisdenunciat dieſelben an den Beklagten verkaufte.

Appellanten glauben weiter,

b) der Beweisſatz hätte dahin gefaßt werden müſſen, daß Schnerr ein unbeſchränktes Eigenthum erworben habe. — Wer jedoch ſein Eigenthum beweiſt, braucht daneben nicht noch darzuthun, daß dieß ſein Recht ein unbeſchränktes ſei, ſondern es iſt Sache des Gegners, der behauptet, daß eine der dem Eigenthum an und für ſich innewohnenden Befugniſſe dem Eigenthümer im vorliegenden Falle nicht zugeſtanden habe, daß er ſeinerſeits dieß als eine Einrede vorbringe, factiſch begründe und nöthigenfalls nachweiſe. Vom Kläger iſt alſo mit Recht ein weiterer als der ihm auferlegte Beweis nicht gefordert worden. — Wenn Appellanten endlich

c) meinen, es hätte wenigſtens im deciſiven Theile des angefochtenen Erkenntniſſes ausgeſprochen werden müſſen, daß ſie alle in den Acten enthaltenen Momente behufs der Gegenbeweisführung brauchen dürfen, ſo verſteht ſich dieß inſoweit, als die fraglichen Momente überhaupt zum direkten Gegenbeweiſe tauglich ſind, von ſelbſt, und iſt überdieß in den Entſcheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniſſe wiederholt hervorgehoben.

Appellanten ſind endlich

III. der Meinung, daß jedenfalls die vom Litisdenunciaten vorgeſchützten Einreden hätten berückſichtigt und

ihnen die entsprechende Folge gegeben werden sollen. Dieß führt zu einer Prüfung dieser sog. Einreden.

1) Die „Einrede fehlender Sachlegitimation" ist darauf gestützt, daß Schnerr nicht Eigenthümer der Waaren gewesen sei, enthält also nur verneinende Einlassung. Appellanten vermeinen freilich, es sei eine wahre Einrede, wenn Litisdenunciat vorbringe, er habe sich — nach den abgeschlossenen Verträgen — des Verkaufsrechts an den Waaren niemals begeben, indem diese Behauptung selbstverständlich auch für den Fall aufgestellt sei, daß Schnerr wirklich Eigenthümer geworden sein sollte. Nun ist es allerdings nicht ganz undenkbar, daß Jemand das Eigenthum einer Sache übertrage, zugleich aber sich das Recht vorbehalte, dieselbe verkaufen zu dürfen. Allein des Litisdenunciaten Vorbringen geht überall nur darauf hinaus, auf Schnerr sei das Eigenthum der Waaren nicht übertragen worden, es habe vielmehr ein anderes Rechtsverhältniß bestanden, vermöge dessen Litisdenunciat die Dispositionsbefugniß über die Waaren behalten habe; und darin kann Niemand die auch nur eventuell aufgestellte Behauptung finden: auch wenn Schnerr Eigenthümer geworden sein sollte, so habe doch, vermöge besonderer Nebenverabredung bei der Eigenthumsübertragung, Litisdenunciat sich das Verkaufsrecht vorbehalten. Der Ausdruck: Litisdenunciat habe sich dieses Rechts nie begeben, weist vielmehr deutlich darauf hin, daß es sich hier nur um ein einfaches Abläugnen des klägerischerseits behaupteten Eigenthums-Ueberganges handelte.

2) Die „Einrede des unrichtig gewählten Beklagten" ist offensichtlich grundlos. Die Eigenthumsklage konnte nur gegen Beklagten als Besitzer der vindicirten Waaren erhoben werden.

3) Die „Einrede der falschgewählten Klage" — darauf gestützt, daß Schnerr den Verkauf an sich nicht beanstandet, sondern nur den Kaufpreis von fl. 600 in Händen haben wollen — entbehrt der erforderlichen Begründung, da nicht behauptet oder ersichtlich ist, daß Schnerr oder ein von ihm Beauftragter in bindender Weise auf die Eigenthumsklage verzichtet und mit einer Entschädigungsklage gegen Litisdenunciaten sich begnügen zu wollen erklärt hätte.

4) Die „Einrede des nicht erfüllten Vertrags" wird darauf gestützt, daß Schnerr die Auszahlung der durch den Verkauf erlösten fl. 600 an diejenigen Creditoren des Beklagten, denen der

Erlös der Waaren vereinbartermaaßen zukommen ſollte, verweigert habe. — Es iſt aber überall nicht einzuſehen, wie eine etwaige Verpflichtung des Schnerr, den Erlös der ihm eigenthümlich übertragenen und von ihm zu verkaufenden Waaren in der angegebenen Weiſe zu verwenden, ihn hindern könnte, die vom Litisdenunciaten verkauften Waaren von dem dermaligen Beſitzer zu vindiciren.

5) Von der „Einrede der Zahlung, Compenſation und Verwendung in den eigenen Nutzen" — darauf gegründet, daß über fl. 200 vertragsmäßig verfügt, die übrigen fl. 400 zur vertragsmäßigen Verwendung voll offerirt ſeien — gilt ganz das eben unter 4) Bemerkte.

6) Die „Einrede, daß Schnerr durch Ceſſion der Waaren doppelte Befriedigung erhalten würde," iſt, wie ſie zuerſt vorgebracht worden, ganz unverſtändlich. Was die Appellanten ſpäter darüber ausgeführt haben, geht dahin, daß, wenn Litisdenunciat zum Verkauf ermächtigt geweſen, dann durch dieſen Verkauf auch das Eigenthum des Schnerr wieder beſeitigt ſei. Die Einrede fällt alſo entweder mit der Einrede unter 1) oder mit der unter 8) zuſammen.

7) Die „Einrede, daß Schnerr laut Vertrag nie die Berechtigung zur Ceſſion der Waaren erhalten habe," iſt nichts als Wiederholung des Vorbringens unter 1), alſo verneinende Einlaſſung auf die Klage.

8) Die „Einrede, daß Litisdenunciat den Verkauf nur auf ausdrückliches Verlangen des von Schnerr mit der Liquidation des Geſchäfts beauftragten Dr. G. vorgenommen habe, iſt von den vorigen Richtern ebenfalls nur als Theil der verneinenden Einlaſſung des Litisdenunciaten aufgefaßt worden, und für dieſe Auffaſſung läßt ſich allerdings der Zuſammenhang anführen, in welchem Litisdenunciat auf jene Ermächtigung des Dr. G. ſich berufen hat. Wenn derſelbe ſagt „demgemäß" (sc. nachdem Dr. G. ihn wiederholt um Vornahme des Verkaufs erſucht)" verkaufte ich auch, nicht nur ſelbſtſtändig dazu berechtigt, ſondern auch von Dr. G. dazu beauftragt ꝛc.," ſo liegt darin allerdings die Andeutung einer Eventualität: daß er nämlich, auch wenn ſein eigenes Recht zum Verkaufe damals nicht mehr beſtanden haben ſollte, dann doch jedenfalls durch Dr. G., als die zum Verkaufe befugte Perſon, dazu ermächtigt geweſen ſei. Die Befugniß des Dr. G. wird

aber nicht auf die, ſei es auch nur eventuell vorgebrachte Behauptung gegründet, daß derſelbe den Eigenthümer Schnerr in der fraglichen Beziehung zu vertreten ermächtigt geweſen wäre, ſondern nur darauf, daß Litisdenunciat, ohne ſich jedoch ſelbſt das Veräußerungsrecht zu begeben, d. h. alſo ohne das Eigenthum zu übertragen, mit Schnerr übereingekommen ſei, Dr. G. ſolle als gegenſeitiger Vertrauensmann die Liquidationsgeſchäfte beſorgen, und daß dem Letzteren zu dieſem Zwecke von beiden Intereſſenten Vollmacht ertheilt worden, alſo nicht auf ein Factum, welches neben der Eigenthums-Uebertragung auf Schnerr vorgekommen ſein und eine ſelbſtſtändige, dieſes Eigenthum elidirende oder beſchränkende Wirkung geäußert haben ſoll, ſondern vielmehr nur auf ein Factum, welches als eine Verneinung des Schnerr'ſchen Eigenthums ſich darſtellt. — Will man aber auch auf dieſen beſonderen Zuſammenhang kein Gewicht legen und das Vorbringen des Litisdenunciaten — der demſelben in den höheren Inſtanzen gegebenen Deutung entſprechend — dahin verſtehen, daß Schnerr, auch wenn er Eigenthümer geworden, doch vermöge der von ihm dem Dr. G. ertheilten Vollmacht verbunden ſei, den in deſſen Auftrag vom Litisdenunciaten bewirkten Verkauf anzuerkennen, ſo findet dieſe Einrede doch jedenfalls in den dafür angeführten Thatſachen keine genügende Begründung. Hätte Schnerr, als ihm bereits Ausſtände und Waaren der Handlung C. Ph. Sues eigenthümlich übertragen waren, den Dr. G. zur „Liquidation des Geſchäfts," d. h. zur Einziehung der Waaren bevollmächtigt, ſo müßte er natürlich auch einen vom Litisdenunciaten im Auftrage des Dr. G. bewirkten Verkauf anerkennen, und könnte keinenfalls gegen die Käufer mit einer Vindication auftreten:

L. 1. § 2. D. de exc. rei vend. et trad.

Hat dagegen Schnerr den fraglichen Auftrag zu einer Zeit ertheilt, wo Ausſtände und Waaren noch nicht eigenthümlich auf ihn übertragen waren, ſondern er nur deßhalb mit einzuſprechen hatte, weil ihm der daraus zu erzielende Erlös überwieſen war, ſo hat dieſer Auftrag auch mit dem neuen Vertrage, wodurch dem Schnerr das Eigenthum übertragen wurde, ſein Ende erreicht, inſofern nicht bei dieſem neuen Vertrage ein beſonderer Vorbehalt gemacht, oder der frühere Auftrag an Dr. G. ſchon mit Rückſicht auf das

von Schnerr zu erwerbende Eigenthum gegeben worden ist. Nun aber ist vom Litisdenunciaten überall nicht — auch nicht eventuell — etwas dafür beigebracht worden, daß der Auftrag, den Schnerr dem Dr. G. ertheilt, in einer oder der andern der obenerwähnten Beziehungen so beschaffen gewesen, daß Schnerr auch in seiner Eigenschaft als Eigenthümer gehalten wäre, einen von Dr. G. oder in dessen Auftrag bewirkten Verkauf als ihn bindend anzuerkennen. Die ganze Darstellung des Litisdenunciaten ergibt vielmehr, daß es sich lediglich um einen gleich von Anfang an dem Dr. G. ertheilten Auftrag zur Liquidation der Ausstände und Waaren des Litisdenunciaten gehandelt, und dieser Auftrag konnte, — wenn nichts Neues hinzugekommen — dann keine Wirksamkeit mehr äußern, wenn Ausstände und Waaren nicht mehr dem Litisdenunciaten, sondern dem Schnerr eigenthümlich zustanden.

9) Die „Einrede, daß Kläger durch Gebrauch von Gewalt in Gemäßheit des Decretum Divi Marci sein Klagerecht verwirkt habe," findet in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniß ihre vollständige Widerlegung.

10) Die „Einrede, daß Kläger nicht Eigenthümer der Waaren geworden, und daß er sein eigenes Factum (die Ueberlieferung der Waaren an Beklagten) nicht anfechten könne," fällt schon damit, daß Jener nicht kraft eigenen Rechts, sondern als Cessionar, resp. Mandatar Schnerr's klagt, und zwar auf Grund eines Ermächtigungsactes, der nach der Ueberlieferung der Waaren an Beklagten Statt gefunden.

11) Die Einrede der simulirten Cession endlich anlangend, auf welche Appellanten in gegenwärtiger Instanz nicht speciell zurückgekommen sind, kann auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse verwiesen werden, wo die Verwerflichkeit auch dieser Einrede genügend nachgewiesen ist.

Stellen sich sonach die Beschwerden der Appellanten in der dreifachen Richtung, in welcher sie in gegenwärtiger Richtung ausgeführt worden, als unbegründet dar, so mußte, wie geschehen, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, auf Bestätigung der angefochtenen Entscheidung erkannt werden.

99.

C. Ph. B., Kläger gegen **C. C. B.**, geb. S., Beklagte, Herausgabe eines Kindes betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 17. September 1855.

In Erwägung, daß

1) der aus der väterlichen Gewalt des Klägers hergeleitete Anspruch desselben auf Herausgabe des ältesten Kindes an und für sich begründet erscheint,

2) jedoch die Beklagte verschiedene thatsächliche Verhältnisse zur Sprache gebracht hat, nach welchen Kläger nicht im Stande sein soll, das Kind bei sich gehörig zu erziehen und zu verpflegen, während dieser einen gleichen Vorwurf der Beklagten gemacht und solchen thatsächlich zu begründen versucht hat,

3) für den Fall, wo Beklagte den Beweis ihres Einwandes und Kläger den ihm nachzulassenden Beweis seiner Replik erbringen würde, im Interesse des Kindes anderweite Fürsorge von Seiten der obervormundschaftlichen Behörde zu treffen wäre, wogegen bei Erbringung des Beweises von Seiten der Beklagten und bei Nichterbringung des Beweises des Klägers das Kind jedenfalls zur Zeit in der mütterlichen Pflege und Erziehung zu verbleiben hätte, und

4) hinsichtlich der beiderseitigen Beweise es jedem Theil unbenommen sein muß, die in den vorderen Schriftsätzen erwähnten betreffenden Thatsachen, insoweit solche releviren, darzuthun, beziehungsweise diejenigen, welche bereits eingeräumt worden, mit geltend zu machen, indem das Gewicht der einzelnen bewiesenen Thatsachen von dem Richteramte zu beurtheilen sein wird,

wird für Recht erkannt:

I. Die Beklagte ist schuldig, das bei ihr verpflegte älteste Kind dem Kläger binnen 14 Tagen zu verabfolgen, auch demselben die Streitkosten zu ersetzen, sie könnte denn binnen gleicher Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtgenügend darthun:

daß der Kläger nicht im Stande sei, dem Kind die erforderliche Pflege und Erziehung zu gewähren.

II. Dem Kläger wird nachgelassen, binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:
daß die Beklagte sich ebenfalls außer Stande befinde, dem Kinde die erforderliche Pflege und Erziehung zu gewähren.

III. Je nach dem Ergebniß der vorgedachten Beweise soll in der Hauptsache und wegen der Kosten anderweite rechtliche Verfügung erfolgen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 21. December 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

In Erwägung, daß in der Regel die Kinder da erzogen werden sollen, wo es der Vater verlangt,

l. 1. § 10. de insp. ventre (25. 4).

daß jedoch diese Regel Ausnahmen leidet, indem auch die unmündigen Kinder bei der Mutter erzogen werden können, und Letztere zu deren Herausgabe nicht angehalten werden kann, wenn genügende Gründe dafür vorwalten,

l. 1. § 3. D. de liberis exhib. (43. 30).

Daß hier ein am 17. Mai 1853 zwischen dem Kläger und der Beklagten unter Mittheilung der beiderseitigen Eltern abgeschlossener Vertrag vorliegt, wonach die beiden Kinder mit ihrer Mutter zu den Eltern der Letzteren ziehen, und bei ihrer Mutter bleiben sollen, bis eine anderweite Bestimmung getroffen werden wird, und daß dadurch dem Kläger an seinen väterlichen Rechten nichts entzogen wird, daß ein solcher Vertrag über die Erziehung der Kinder rechtsbeständig ist, und daher Kläger ohne Grund einseitig von demselben nicht abgehen kann, daß jedoch, falls seine Behauptung, daß der Knabe bei der Mutter schlecht erzogen, ihm Haß gegen den Vater eingeflößt werde, überhaupt die Mutter nach ihrer Lebensweise zu Erziehung des Knaben unfähig sei, sich bewahrheiten sollte, allerdings Grund vorliegen würde, den Vertrag in diesem Punkte aufzuheben und für die Erziehung des Kindes auf andere Art zu sorgen, wie bereits in membr. 3 des stadtgerichtlichen Bescheides vom 17. Sep-

tember 1855 bemerkt iſt, indem, wenn keines der Ehegatten geeignet ſein ſollte, dem Kinde die erforderliche Erziehung und Pflege angedeihen zu laſſen, die obervormundſchaftliche Behörde einzuſchreiten haben würde, wird der ſtadtgerichtliche Beſcheid dahin abgeändert:

daß die Beklagte noch zur Zeit nicht verbunden ſei, das älteſte Kind dem Kläger zu verabfolgen und die Koſten zu erſetzen, vielmehr der fragliche Knabe in Gemäßheit der getroffenen Uebereinkunft bei der Mutter zu belaſſen ſei, wenn nicht Kläger in einer von dem Stadtgerichte vorzuberaumenden Friſt rechtsgenüglich erweiſen würde,

daß die Beklagte dem Kinde die erforderliche Erziehung zu gewähren nicht geeignet ſei,

wogegen der Beklagten der Gegenbeweis, ſowie der Beweis ihrer Einrede:

daß der Kläger ebenfalls nicht vermöge, dem Knaben die erforderliche Erziehung zu gewähren,

nachzulaſſen iſt.

Die in gegenwärtiger Inſtanz erwachſenen Koſten werden gegeneinander aufgehoben und die Rückſendung der Voracten verordnet.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. October 1856.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 21. December v. J. zwar im Uebrigen zu beſtätigen, jedoch dahin abzuändern:

daß dem Kläger alternativ mit dem nach dieſem Erkenntniſſe ihm obliegenden noch der Beweis aufzulegen ſei:

daß Beklagte oder deren Eltern dem Verkehre des Klägers mit ſeinem Sohne Ludwig abſichtlich Hinderniſſe in den Weg gelegt haben.

Und wird die Sache nunmehr unter Vergleichung der Koſten gegenwärtiger Inſtanz an das Stadtgericht zum weiteren Verfahren zurückverwieſen.

Entſcheidungsgründe.

Beide vorige Inſtanzen gehen übereinſtimmend davon aus, daß die vom Appellanten auf Herausgabe ſeines Kindes erhobene Klage an und für ſich in der unbeſtrittenen väterlichen Gewalt deſſelben ihre Begründung finde, und es ſich daher nur um die von der Beklagten vorgeſchützten Einreden handele und dieſe dem poſitiven Recht entſprechende Annahme

L. 1. § 7. D. de lib. exh. (43. 30.)

iſt auch von der Beklagten nicht beſtritten. Die Einreden der Letzteren nun ſind entnommen:

1) der Uebereinkunft vom 17. Mai 1853;
2) der behaupteten Unfähigkeit des Klägers, dem Kinde die erforderliche Pflege und Erziehung angedeihen zu laſſen.

Das Stadtgericht hat die Einrede unter 1) ſtillſchweigend verworfen, über die unter 2) aber der Beklagten Beweis nachgelaſſen, und dagegen dem Kläger den Beweis der Replik geſtattet, daß die Beklagte ſich ebenfalls außer Stande befinde, dem Kinde die erforderliche Pflege zu gewähren.

Das Appellationsgericht hat dagegen die Einrede unter 1) für begründet und liquid erachtet und deßhalb zunächſt dem Kläger den Beweis, „daß die Beklagte dem Kinde die erforderliche Erziehung zu gewähren nicht geeignet ſei," als Replikenbeweis gegen dieſe Einrede auferlegt, daneben aber auch den vom Stadtgericht über die Einrede unter 2) nachgelaſſenen Beweis mit einer veränderten Wortfaſſung aufrecht erhalten. — Dieſer letztere Beweis nun bildet überall keinen Gegenſtand der Beſchwerden, dieſelben beziehen ſich vielmehr — abgeſehen von der den Koſtenpunkt betreffenden ſechsten Beſchwerde — ſämmtlich auf die Einrede unter 2).

A. Die erſte Beſchwerde iſt darüber erhoben, daß die Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 in Bezug auf die Kindererziehung für rechtsbeſtändig erklärt und deßhalb das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 17. September v. J., ſowie geſchehen, abgeändert worden. Kläger glaubt, daß dieſe Uebereinkunft

1) deßhalb hinfällig ſei, weil der ihr zu Grunde liegende, über zeitweilige Separation der Ehegatten abgeſchloſſene Vertrag ein rechtlich wirkungsloſer ſei, Beklagte alſo, indem ſie von ihrem Ehe-

manne getrennt lebe, in einem rechtswidrigen Zustande sich befinde. Hier werden indeß Dinge miteinander vermengt, die durchaus getrennt zu halten sind. Ein Recht auf separates Leben kann allerdings ein Ehegatte durch Privatübereinkunft nicht erwerben, allein kein Gesetz verbietet es, daß die Frau mit Einwilligung des Mannes von diesem factisch getrennt lebe. Kläger kann verlangen, daß Beklagte zu ihm zurückkehre und damit auch der Wirksamkeit der über die Kindererziehung getroffenen Vereinbarung ein Ende machen. Allein er hat jenes Verlangen nicht gestellt, ist vielmehr vollkommen damit einverstanden, daß seine Frau auch ferner von ihm getrennt bei ihren Eltern lebe, und kann eben deßhalb die für diesen Fall getroffene Uebereinkunft in Betreff der Kindererziehung nicht ohne Weiteres als eine auf rechtswidrige Grundlage beruhende anfechten.

Kläger bestreitet dieser Uebereinkunft die rechtliche Wirksamkeit

2) deßhalb, weil das in der väterlichen Gewalt begründete Recht, über den Aufenthalt und die Erziehung der Kinder Bestimmung zu treffen, im Wege der Privatdisposition nicht aufgehoben oder beschränkt werden könne. Dieß Letztere ist ohne Zweifel mit dem Verhältnisse des Vaters zu einem Dritten vollkommen richtig.

Arg. l. 1. § 2. D. eod.

Allein im Verhältnisse zwischen Vater und Mutter treffen erhebliche Modificationen ein. Der Mutter steht an und für sich ebenfalls ein Anspruch darauf zu, daß sie das Kind bei sich habe und erziehe:

l. 2. 3. Cod. eod. (8. 8).

l. 1. Cod. ubi pup. educ. (5. 49).

Dieser Anspruch muß allerdings der Regel nach dem Rechte des Vaters, als dem stärkeren, weichen; allein aus besonderen hinreichenden Gründen kann ihm auch der Vorzug vor diesem eingeräumt werden.

l. 1. § 3. l. 3. § 5. D. eod.

Daß — wie Kläger behauptet — das Römische Recht dieß nur für den Einen Fall einer nequitia patris anerkenne und die Praxis dem nur noch Einen zweiten Fall — das zarteste Kindesalter — angereiht habe, ist nicht richtig. L. 1. § 3. cit. spricht der Mutter den Vorzug ganz allgemein dann zu, wenn eine „justissima causa" dafür vorliege, und in L. 3. § 5 cit. ist die nequitia patris offenbar

bloß beispielsweise genannt. Wenn nun zwischen Vater und Mutter, die factisch getrennt von einander leben, wie vorliegend geschehen, die Vereinbarung getroffen wird, daß das Kind als vorerst hauptsächlich noch der mütterlichen Pflege und Erziehung bedürftig, bis zu einem gewissen Zeitpunkte bei der Mutter sich aufhalten und von ihr erzogen werden soll, so kann einer solchen Vereinbarung zwar die Natur eines obligatorischen Vertrags nicht zuerkannt werden, indem der Gegenstand derselben Object einer Obligation überhaupt nicht sein kann. Allein es hat durch eine solche Uebereinkunft doch der Vater (von dem vorausgesetzt werden muß, daß er vor allen Dingen das wahre Beste des Kindes im Auge gehabt) anerkannt, daß im untergebenen Falle hinreichende Gründe vorliegen, um dem Aufenthalt und der Erziehung des Kindes bei der Mutter vor dem bei dem Vater den Vorzug zu geben. Daher nun nicht mehr von der Mutter verlangt werden kann, daß sie das Vorhandensein einer justa causa für den Aufenthalt des Kindes bei ihr darlege und beweise, sondern es Sache des Vaters wird, nachzuweisen, daß und weßhalb die Ausführung der Uebereinkunft dem wahren Interesse des Kindes nicht entsprechen würde. Nur in diesem Sinn ist denn auch, wie sich aus der dem Kläger in letztgedachter Beziehung gemachten Beweisauflage ergibt — der Ausspruch der vorigen Instanz, daß der fragliche Vertrag rechtsbeständig sei, zu verstehen. —

Kläger hat endlich noch

3) sich darauf berufen: die fragliche Uebereinkunft solle nach ausdrücklicher Festsetzung in § 3 nur bis dahin gelten, „daß anderweite Bestimmung getroffen werden sollte." Diese Bestimmung zu treffen aber stehe ihm, kraft seiner väterlichen Gewalt, ausschließlich zu. Es ergibt sich indeß aus dem ganzen Inhalte des § 3 cit. auf das Klarste, daß die Partheien bei jener Festsetzung nicht eine willkührliche einseitige Willenserklärung des Klägers im Sinne gehabt haben.

B) Die zweite und dritte Beschwerde gehen dahin, daß nicht die feindseligen Gesinnungen der Beklagten und deren Eltern gegen den Kläger, welche demselben jede Ausübung der väterlichen Gewalt, ja den Zugang zu dem Kinde unmöglich machten, als ein Grund

der Wirkungsloſigkeit der über die Kindererziehung getroffenen Vereinbarung anerkannt und wegen Liquidität dieſer Replik die auf jene Uebereinkunft geſtützte Einrede verworfen (Grav. II.), eventuell die Replik zu Beweis verſtellt worden (Grav. III).

1) Die Thatſache feindſeliger Geſinnungen an und für ſich iſt freilich irrelevant, dieſelben gewinnen aber Erheblichkeit, ſobald ſie zu einem Benehmen der Beklagten oder deren Eltern geführt haben, wodurch die Rechte des Klägers, die er im Vertrage vom 17. Mai 1853 in Betreff der Kinder ſich vorbehalten, verletzt worden ſind. Beklagte iſt freilich der Anſicht, daß Kläger aus dieſem Grunde nur auf Vollziehung der fraglichen Uebereinkunft zu dringen, nicht aber dieſelbe ganz zu beſeitigen berechtigt ſein würde. Es kann ihr aber darin nicht beigepflichtet werden. Kläger hat in den Aufenthalt ꝛc. der Kinder bei der Mutter nur gewilligt und dieſen als in den Intereſſen der Kinder liegend nur anerkannt unter der ſich von ſelbſt verſtehenden Vorausſetzung und Bedingung, daß ſeine Ehefrau und beziehungsweiſe deren Eltern, die an der Uebereinkunft ſich betheiligt, allen ihnen darauf erwachſenen und insbeſondere den in § 3 des Vertrags ausdrücklich übernommenen Verpflichtungen gewiſſenhaft nachkommen würden. Fehlten ſie hierin, ſo ſtellt ſich eben damit jene Vorausſetzung und Bedingung als nicht erfüllt dar, und dem in der väterlichen Gewalt begründeten Anſpruch des Klägers auf Herausgabe des Kindes ſteht die in der Uebereinkunft enthaltene Anerkennung nicht weiter entgegen.

2) Kläger hat nun nicht nur die allgemeine Behauptung aufgeſtellt, daß ihm von Seiten des Beklagten und deren Eltern im Widerſpruche mit dem ausdrücklichen Vorbehalt in § 3 des oft-erwähnten Vertrags vom 17. Mai 1853 der Zugang zu ſeinem Kinde abgeſchnitten worden, ſondern dieſelbe auch durch Angabe einzelner Umſtände, wie namentlich, daß man ihm, als er ſein Kind beſuchen wollen, den Rücken zugekehrt und ihn habe allein ſtehen laſſen, und daß das Kind, weil es ihn erkannt, gezüchtigt worden ſei, näher ſpecialiſirt. Für eingeſtanden kann dagegen, nach der von der Beklagten in erſter Inſtanz abgegebenen Erklärung keine dieſer Behauptungen angeſehen werden. Ebenſo wenig ſteht anzunehmen, daß die hier erörterte Replik in dem vom Appellations-

gericht dem Kläger auferlegten Beweise bereits mitbegriffen sei. Denn bei dieser Replik handelt es sich nicht um die Erziehung der Kinder, sondern um die verletzten Rechte des Vaters.

Hiernach mußte der dem Kläger behufs Elidirung der aus dem Vertrage vom 17. Mai 1853 entnommenen Einrede zu gestattende Beweis, wie nunmehr geschehen, alternativ auf die beiden Repliken der Ungeeignetheit der Beklagten zur Erziehung des Kindes und der Verletzung der vorbehaltenen Rechte des Vaters gerichtet werden.

C. Mit der vierten Beschwerde beschwert sich Kläger darüber, daß in der angefochtenen Entscheidung nicht wenigstens in Beziehung auf die ofterwähnte Uebereinkunft der Vorbehalt gemacht worden, daß es den competenten Behörden jederzeit freigestellt bleibe, in dieser Beziehung anderweite Verfügung zu treffen, sobald veränderte Verhältnisse eintreten, oder er sich im Interesse des Kindes oder zum Schutze der väterlichen Rechte als nothwendig oder geeignet erweisen werde. — Diese Beschwerde ist formell, wie materiell gleich unbegründet, jenes, weil Kläger in erster Instanz einen Antrag auf solchen Vorbehalt (zu dem überdieß jetzt noch nicht, sondern erst bei einem die Klage abweisenden Enderkenntnisse der richtige Zeitpunkt sein würde) gar nicht gemacht hat; letzteres, weil nach dem, was oben unter A. 2 über die Natur des fraglichen Uebereinkommens bemerkt worden, es sich von selbst versteht, daß aus hinreichenden Gründen jederzeit dieselbe außer Kraft gesetzt werden und es eines deßhalbigen ausdrücklichen Vorbehaltes überall nicht bedarf.

D. Die fünfte Beschwerde, daß das angefochtene Erkenntniß es ungewiß lasse, ob, wenn Kläger seinen Beweis liefere, Beklagte aber die ihr nachgelassenen Beweise nicht erbringe, Ersterer den Knaben erhalten solle, ist ebenfalls als unbegründet anzusehen.

Allerdings haben sich die vorigen Richter in den Entscheidungsgründen verb.: „daß jedoch ... bemerkt ist“ — in einer Art ausgesprochen, daß es den Anschein gewinnt, als solle die Beweisführung des Klägers in keinem Falle die Verurtheilung der Beklagten nach der Klagbitte, sondern immer nur das Eintreten obervormundschaftlicher Fürsorge für das Kind zur Folge haben. Gleich darauf wird indeß als Voraussetzung für dieses officielle Einschreiten das

bezeichnet, daß „keins der Ehegatten geeignet sein sollte, dem Kinde die erforderliche Pflege zu gewähren," und hieraus läßt sich schließen, daß, wie dieß auch in der Natur der Sache liegt und durch die Bezugnahme auf die stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe bestätigt wird — die obervormundschaftliche Fürsorge doch nur dann eintreten soll, wenn auch Beklagte den ihr nachgelassenen Beweis: „daß der Kläger nicht vermöge, dem Kinde die erforderliche Erziehung zu gewähren," erbringen wird, wogegen im Falle des Mißlingens dieses letzteren Beweises dem Kläger, sofern er seinen Beweis liefert, das Kind herausgegeben werden soll. Es hat also das Appellationsgericht, wenn es sich auch nicht ganz unzweideutig ausgedrückt, in der That Nichts aussprechen wollen, als das, was Kläger mittelst der fünften Beschwerde jetzt verlangt.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier noch zu bemerken, daß der vom Ober-Appellationsgerichte jetzt dem Kläger gestattete Replikenbeweis nur zur Elidirung der aus der Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 entnommenen Einrede der Beklagten geeignet ist, der anderen, auf die Unfähigkeit des Klägers zur Erziehung des Kindes gegründeten Einrede gegenüber aber keine Wirkung äußern kann, daß also, wenn Kläger nur jenen, nicht aber den vom Appellationsgerichte ihm auferlegten Beweis erbringen, Beklagte dagegen den ihr nachgelassenen Beweis, „daß Kläger dem Kinde die erforderliche Erziehung zu geben nicht vermöge," liefern sollte, ungeachtet der Zerstörung der erstgedachten Einrede, nunmehr doch, auf Grund der zweiten, Abweisung der Klage würde erfolgen müssen.

E. Die Vergleichung der Kosten voriger Instanz, welche mittelst der sechsten Beschwerde angefochten wird, findet in dem Wechsel der vorigen Erkenntnisse ihre Rechtfertigung. Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren ebenfalls zu vergleichen.

Sachregiſter.

A.

Actio comm. divid., conf. Pfandrecht.

Actio Pauliana iſt bedingt durch Inſolvenz, nicht durch Concurs des Schuldners. 116; alienatio des inſolventen Debitors zur Deckung künftiger Alimente für ſeine Kinder, iſt als Schenkung anfechtbar. 119; animus fraudandi aus den Umſtänden erhellend. 119; conf. Einrede des dolus.

Actio pro socio, ſ. Geſellſchaftsvertrag.

Adhaesion iſt nur zuläſſig gegen den appellando angefochtenen Theil der sent. a qua (Ober-Appellationsger.-Ordnung). 24, 31; innere Conexität der Adhäſions- mit der Hauptbeſchwerde weder erforderlich (24), noch genügend. 30.

Adminiſtration, teſtamentariſche, ſ. Teſtament.

Advocaten, ſ. Anwälte.

Alimente, rechtl. Natur der elterl. Alimentationspflicht. 117; verwandtſchaftliche Alimentationspflicht begründet keinen Anſpruch an das Vermögen des Aliment.-Pflichtigen den Creditoren deſſelben gegenüber. 118.

Ausmeſſung der während des Eheſcheidungsprozeſſes für die Ehefrau und deren Kinder zu gewährenden Alimente. 170; bei erkannter proviſor. Trennung ſind die Einkünfte aus dem beiderſeitigen Vermögen in billiger Weiſe unter die Ehegatten zu theilen. 213. 216.

Alimente für unehel. Kinder; die dreijährige gleichmäßige Leiſtung von Alimenten durch den natürlichen Vater begründet die Verpflichtung zur Fortentrichtung in derſelben Größe. 304; die Alimentationspflicht endet in der Regel mit dem vierzehnten Lebensjahre des unehelichen Kindes; Ausnahmen hiervon. 158.

Amt, richterliches, bezüglich der Aufrechthaltung einer *unklar begründeten* Klage, 87; desgl. einer Beweisantretung, *409; hinſichtlich der Berichtigung von* Rechnungsfehlern. 255; bezüglich der Beachtung des Ablaufs des quadr. rest. 241.

Anatocismus, ſ. Zinſen.

Anerkennung eines Guthabens bildet keinen ſelbſtſtändigen Verpflichtungsgrund. 40. 77; enthält auch, außer bei vorausgegangener Abrechnung über beiderſeitige Anſprüche, keinen Verzicht auf Gegenforderungen. 41 flg.; iſt auch als Geſtändniß nur wirkſam, wenn ſie dem Schuldner gegenüber erfolgt iſt. 42.

Anlehn, auf Obligationen au porteur, durch Vermittlung eines Bankiers contrahirt. 390; die für obligationsmäßige Heimzahlung entſtandenen Speſen, ſowie die Bankiersproviſion treffen nur den Schuldner. 399; nach Ablauf der für die Heimzahlung des Anlehns durch Ausloosung beſtimmten Friſt iſt der zur Rückzahlung noch vorhandene Betrag nicht durch Ausloosung, ſondern pro rata der unbefriedigten Anſprüche zu vertheilen. 392; gleiche Wirkung hat der ausgebrochene Concurs des Anlehnsſchuldners. 392; der Bankier haftet den Inhabern der Partialobligationen als Mandatar für die Wahrung und Geltendmachung der denſelben obligationsmäßig gegen den Anlehnsſchuldner zuſtehenden Anſprüche und für jeden culpoſen Schaden. 391 flg.

Anwalt, ſ. unter Honorar, Strafe.

Appellation, conf. Adhäſion, Urtheil;

ſtatthaft gegen die Auferlegung eines bereits in den Acten enthaltenen Beweiſes. 30;

unzuläſſig zur Berichtigung in dem Urtheil enthaltener Schreibfehler. 269; deßgl. wegen zweideutiger Ausdrucksweiſe des Urtheils. 468.

Unzweckmäßige, jedoch nicht gravirende Prozeßdirection bildet keinen Beſchwerdegrund. 206; deßgl. nicht die Unterlaſſung der Beifügung des eventuellen Gudurtheils bei erkanntem nothwendigen Eide. 305.

Erforderniß ſpecieller Bezeichnung der Beſchwerdepunkte, wenn ſie ſich nicht aus der Natur der Sache ergeben. 43.

Appellation gegen proviſoriſch erkannte Trennung und Alimentation der Ehegatten ohne Suspenſiveffekt. 212.

Appellation gegen eine definitive Entſcheidung, die in einem ſonſt prozeßleitenden Decret enthalten iſt, muß intra decend. erfolgen; § 55 des Geſetzes vom 7. Nov. 1848 hierauf nicht anwendbar. 206.

Appellation gegen Beſtellung eines Theilungsbeiſtandes, conf. Theilungsbeiſtand.

Ober-Appellation in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit iſt durch die Behauptung einer Rechtsverletzung bedingt. 67.

Appellation in Arreſtſachen, cf. Arreſt.

Strafe wegen Mißbrauchs der Appellation. 179.

Appellations-Einwendungsfriſt beginnt nach heutigem Recht (abweichend von dem gemeinen und früheren hieſigen Recht. 144 flg.) durchgehends erſt mit der Inſinuation des Urtheils. 139.

Arreſt kann auch in zweiter Inſtanz ohne vorheriges Gehör des Impetraten erfolgen. 136; die unterbliebene Inſinuation eines in zweiter Inſtanz erkannten Arreſtbefehls an den Impetraten enthält keine unheilbare Nichtigkeit. 137; die Anfechtung des auf einſeitigen Antrag verfügten Arreſtes kann ſowohl remonstrando, als auch appellando geſchehen. 137 flg. 142. 143.

Beſcheinigung der Forderung durch ausländiſche Wechſel. 139; Beſcheinigung einer Steuerforderung durch Auszug aus öffentlichen Regiſtern. 289.

Realarreſt zur Sicherung des Streitobjects findet auch gegen hieſige Bürger, die von einem auswärtigen Platze hierher geflohen ſind, nach Art. 53 der preuß. Proz.-Ordn. Statt. 141.

Immobiliarbeſitz befreit nur dann von dem Arreſt, wenn er nachgewieſener Maaßen die Klageforderung deckt. 142.

Realarreſt gegen auswärts wohnende hieſige Bürger iſt nach Art. 51 und 56, nicht nach Art. 53 der prov. Proz.-Ordn. zu beurtheilen. 288; unſtatthaft, wenn der Impetrat ſein hieſiges forum generale (durch Zahlung der Einkommenſteuer) beibehalten hat. 288.

B.

Bankier, Verhältniß deſſelben als Vermittler eines Anlehns auf Obligationen au porteur; ſ. Anlehn.

Banknoten gelten als res fungibilis. 150.

Bau-Prozeß, ſ. auch Competenz, Expropriation.

Das Geſetz vom 19. Mai 1853 begründet ein privatrechtl. Widerſpruchsrecht der Nachbarn gegen Ueberſchreitungen der für Neubauten vorgeſchriebenen Höhe. 221; in ſolchen Fällen iſt nach § 65 proviſor. Bauverbot zu erkennen. 224.

Die wiſſentl. Unterlaſſung der nachbarl. Einſprache bis nach vollendetem Bau hat nach hieſigem Recht zwar die Verwirkung des Anſpruchs auf Beſeitigung des Baues zur Folge, die Verwirkung des Anſpruchs auf Entſchädigung aber jedenfalls dann nicht, wenn der Bau durch ein Expropriationsgeſetz ſanctionirt iſt. 271—275; die Vollendung des Baues, als Ganzen, kommt allein in Betracht, die einzelnen Theile dürfen nicht als ſelbſtſtändiges opus angeſehen werden. 274.

Beiſitz, der überlebende Ehegatte kann die rechtliche Lage eines unter ſeinem Beiſitz befindlichen Immobile verbeſſern, insbeſondere ohne Mitwirkung der Eigenthümer Servituten erwerben. 110; cf. Servitut.

Beneficium inventarii, cf. Erbautretung.

Beſchwerde, cf. Appellation.

Beſitzſtand, proviſ. Regulirung deſſelben bei Gefahr von Gewaltthätigkeiten. 103.

Beweisantretung, Auslegung einer unklaren Beweisantretung in dem dem Beweisinterlocute entſprechenden Sinne. 409.

Beweislaſt, Beſtimmung derſelben bei der Klage des Bürgen gegen den Debitor auf Befreiung von der für Letzteren geleiſteten Caution; insbeſondere wenn die Klage auf Mandat des Debitors zur Bürgſchaft und auf Ceſſion des Cautionsanſpruchs von Seiten des Creditors baſirt. 21.

Der klagende Verkäufer hat gegen den deßfallſigen Einwand des Beklagten zu beweiſen, daß Letzterer für eigene Rechnung erkauft habe. 443;

Beweislaſt bei abweichendem Inhalt des Haupt- und Interims-Kaufbriefs. 32;

wird nicht alterirt durch nachläſſig gefaßte Beweisantretung, welche geſtattete Beweiſe als obliegende bezeichnet. 407.

Siehe auch unter: Vertrag, Entſcheidungsgründe, Eheſcheidung.

Beweissatz, aus den Entscheidungsgründen ermittelt. 94; davon abweichende Normirung der Eidesformel. 94. 331.

Beweisverfahren, successive Instruction und Entscheidung gleichzeitig auferlegter Beweise zulässig. 206.

Bürge, durch Verschweigung einer aus der Schuldurkunde nicht ersichtlichen Bedingung der Schuld von Seiten des Hauptschuldners wird — abgesehen von dem Falle eines Mandats zur Bürgschaft — für den Bürgen die exceptio doli gegen den Debitor nicht begründet. 27. Siehe auch Cession, Beweislast.

C.

Caution; hiesige Bürger sind von der cautio pro expensis befreit, auch wenn solche vom zahlenden Schuldner als cautio de eventualiter restituendo gefordert wird. 51.

Cession eines Cautionsanspruchs, cf. Cession, Beweislast.

Cession, selbstständige des accessorischen Anspruchs auf Cautionsleistung an einen andern als den Bürgen unstatthaft. 22; durch die dem Cessionar gegenüber erfolgte Schuldanerkennung von Seiten des Debitors ist die Cession gegen ihn erwiesen (260. 264), auch wenn der „Name" des Cessionars in dem Cessionsact noch nicht geschrieben war. 261; die Behauptung des Debitors, daß der Cessionar den Cessionspreis nicht gezahlt habe, kann nicht als Einrede, wohl aber als Moment für die Einrede der Simulation der Cession gebraucht werden. 263; Einrede der Simulation unstatthaft, wenn Letztere bloß in der Verkleidung eines Klagmandats liegen soll. 459.

Cession mit Verbindlichkeiten vermischter Rechte gültig. 358.

Cession in potentiorem, nur bei böslicher Absicht unwirksam. 358.

Cession streitiger Forderungen gültig, wenn die gesammten Rechte des als Rechtssubject aufhörenden Gebeuten (Actiengesellschaft), sei es auch durch ein Geschäft unter Lebenden, auf den Cessionar übergegangen sind. 359; die Statthaftigkeit ist nach den Gesetzen des Prozeßorts zu beurtheilen. 359.

Fehlerhaftigkeit des Titels der Cession ist von dem Debitor excipiendo geltend zu machen. 359. 363.

Die formellen Erfordernisse des Cessionsacts sind nach dem Orte der Cession zu beurtheilen. 359.

Verpflichtung des Cessionars, dem beklagten Schuldner den Cessionsact zu ediren. 360.

Das Anführen, eventuell der Beweis der Cession, genügt zur Legitimation des Cessionars; Bezeichnung des Titels nicht erforderlich. 359. 363.

Commission; der Verkaufs-Commissär hat auch bei gesetztem Verkaufslimite für res fungibiles nur tantundem ejusd. gen. zu restituiren. 150.

Compensatio adulterii, cf. Ehescheidung.

Competenz der Gerichte für Klagen der Steuerbehörde auf rückständige Abgaben. 290; bei Verletzung von Privatrechten durch Uebertretung einer zugleich polizeilichen Charakter tragenden Bauverordnung. 219.

Competenz des Gerichts für jurisd. volunt. zur Entscheidung über connexe, wenngleich unter den Betheiligten streitig gewordene Nebenpunkte, insbesondere über die gesetzliche Honorarforderung des Advocaten, resp. Curators. 423; solche cessirt, wenn ein Theil sich auf einen besondern Rechtstitel stützt 425; den Betheiligten steht gegen die deßfallsige Entscheidung nicht der ordentliche Weg Rechtens, sondern nur Beschwerdeführung zu. 424.

Contocorrent, Anerkennung desselben bildet keine neue causa debendi. 77.

Contract, forum des Contracts, cf. Gerichtsstand.

Correal-Schulden, cf. Eheschulden.

Culpa; als Klagegrund, erforderliche Substanziirung. 384. Siehe auch Frachtvertrag.

Curator; das Verwaltungshonorar von Nachlaßcuratoren, auch wenn solche Advocaten sind, beträgt nach hiesiger Praxis ¼ % jährlich; und bemißt sich bei kürzerer Dauer in der Regel pro rata. 426; dabei ist maßgebend nicht der Tag der gerichtlichen Bestellung der Curatel, sondern die Zeit der wirklichen Verwaltung. 427; mehrere Curatoren beziehen das Honorar gemeinsam. 427. Advocaten können daneben nicht die tarmäßige Zählgebühr berechnen. 428.

D.

Declaration des Klaglibells, s. Klagverbesserung.

Declaration des Urtheils, s. Urtheil.

Defloration, Größe der Entschädigung. 159.

Dienstvertrag; ist nach demselben die Entlassung eines Angestellten von der Bestätigung einer Behörde abhängig, so wirkt sie erst von dem Momente der Bestätigung an. 154.

Dolus; Anfechtung eines Vertrags wegen falscher, zu denselben bestimmten Angaben des andern Theils. 322;

cf. exceptio doli.

E.

Edition von Urkunden; insbesondere der Cessionsurkunde; s. Cession.

Ehe; eheliche Kinder; die Präsumtion für die Legitimität der Kinder nicht platzgreiflich bei andauernder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft. 165.

Ehebruch, cf. Ehescheidung.

Ehescheidung; suspicio adulterii genügt zur Ehescheidung nur bei vollständigem Beweis dringend verdächtigender Indicien. 164; Geständniß in Ehescheidungs-Sachen entbehrt nur in Betreff der eigentlichen causa divortii der vollständigen Beweiskraft. 165; Beweislast in Betreff der Einrede des bei aufgehobenem consortium conjugale gepflogenen Beischlafs des Ehemanns. 166; compensatio adulterii wird begründet durch späteren, wie vorausgegangenen Ehebruch, so lange solcher nicht durch richterliches Urtheil in Anrechnung gebracht ist. 168.

Klage auf Richtigerklärung der Ehe wegen dem Kläger unbekannter Schwangerschaft der angetrauten Ehefrau. 225; Einrede der Kenntniß des Ehemanns; die Beweislast trifft die Ehefrau; ungenügende

Subſtanziirung der Einrede. 227; Einrede vorehelichen geſchlechtlichen Umgangs mit dem Ehemann nur zuläſſig, wenn der Umgang in die der Geburt des Kindes entſprechende Zeit fallen würde. 228; der Ausgang des Prozeſſes über den Status des inzwiſchen gebornen Kindes, resp. des Beweisverfahrens darüber, als inter alias personas für die Eheſcheidung unpräjudicirlich. 229.

Proviſoriſche Trennung, ſtatthaft nach hieſigem Gerichtsgebrauch aus allen nach richterlichem Ermeſſen erheblichen und beſcheinigten Gründen (wörtliche und thatſächliche Mißhandlung, ungenügende Verköſtigung und Verpflegung). 213 flg.; Appellation gegen ſolche ohne Suſpenſiveffect. 212; Antrag der Ehefrau auf Depoſition von Staatspapieren und Baarſchaft durch ihr privatives Eigenthum begründet. 214.

Eheſchulden erlöſchen zur Hälfte bei Beerbung eines der Ehegatten durch den Gläubiger. 7; Modification dieſes Grundſatzes bei Beerbung cum benef. inventarii. 8.

Siehe auch: Separation.

Eid, richterlicher. — Zuerkennung des supplet. wegen actenmäßiger Unwahrheiten von Seiten des Produkten. 304; supplet. alternativ mit der Beweisauflage hinſichtlich derſelben Thatſachen erkannt. 373; bei künſtlichem Gegenbeweis kann der Eid der Reproducenten ſtatt auf die Negative des Beweisſatzes, auf die den Beweis zerſtörende Thatſache gerichtet werden. 331.

Eidesformel, nicht ſtrenge nach dem Beweisſatze zu normiren. 94.

Einrede; der Inhalt einer Einrede kann nicht replicando als ſelbſtſtändiger Klagegrund benutzt werden. 445; rechtzeitig in der Duplik gegen einen erſt in der Replik ſubſtanziirten Klagegrund. 320;

des dolus zur Anfechtung einer alienatio in fraudem cred. iſt von den Vorausſetzungen der actio Pauliana abhängig. 116;

des dolus gegen einen Vertrag wegen dolus causam dans. 322;

des dolus von Seiten des Bürgen gegen den Hauptſchuldner; ſ. Bürge;

der excussio ſteht dem Frachtführer gegen den klagenden Befrachter hinſichtlich ſeines Perſonals nicht zu. 386;

der res judicata gegen eine Servituten-Klage kann aus einem Urtheil, welches dem Excipienten das Eigenthum wider den jetzigen Kläger zuerkannt hat, nicht abgeleitet werden. 111;

der Schuldanerkennung, mangelnde Subſtanziirung. 42.

Emendatio libelli, ſ. Klagverbeſſerung.

Entſchädigung wegen Defloration. 159.

Entſcheidungsgründe; Cruirung der res judicata aus denſelben bei abweichendem Wortlaut des Deciſums. 47; Cruirung des Beweisſatzes aus denſelben. 94. Siehe auch: Rechtskraft.

Erbantretung; durch ſolche erwirbt jeder Miterbe pro rata ſofort das Eigenthum der einzelnen Erbſchaftsobjecte, ohne Rückſicht auf etwaige Gegenanſprüche des Nachlaſſes, resp. der Miterben an ihn. 286;

bedingte, Folgen der Nichteinhaltung der geſetzlich vorgeſchriebenen Friſt nach hieſigem Recht. 7.

Erbeinſetzung, ſ. Teſtament.
Erſitzung von Servituten, ſ. Servituten.
Erziehung der ehelichen Kinder, cf. väterliche Gewalt.
Exceptio, ſ. Einrede.
Execution, Abweichung von der Executions-Ordnung (Reſ. I. 45, § 14) mit Zuſtimmung des Schuldners zuläſſig. 280;
in die Ausſtände bei Vorhandenſein von Immobilien zuläſſig, wenn die Richtung auf Letztere vorausſichtlich gar nicht, oder doch nicht unmittelbar zum Ziel führt. 282.
Experten, ſ. Schätzung, Sachverſtändige.
Expropriation, der Verluſt des Eigenthums tritt erſt nach Berichtigung der Entſchädigung ein. 271. 274; — gegen vorherige rechtswidrige Störungen des Enteigners ſtehen dem Eigenthümer die gewöhnlichen Rechtsmittel zu. 271. 275; zweifelhaft, ob das in Art. 74 der proviſor. Proz.-Ordn. angedrohte Präjudiz auf Bauten, die auf dem Expropriations-Geſetz baſiren, anwendbar iſt. 272.
Siehe auch: Schätzung, Bauprozeß.

F.

Firma, eines Verſtorbenen, kann nur mit Zuſtimmung ſämmtlicher Miterben erworben werden. 374.
Forum, ſ. Gerichtsſtand.
Frachtvertrag; Gültigkeit der Beſchränkung des Frachtfahrers (Rheders) auf ſeine eigene und ſeines Perſonals culpa lata und dolus. 381; Unterwerfung des Befrachters unter die deßfallſigen Bedingungen des Frachtfahrers durch Unterzeichnung eines auf ſolche klar hinweiſenden Frachtbriefs; Einrede der Unkenntniß der Bedingungen nicht zu beachten. 382; Haftungspflicht des Frachtfahrers für das Verſchulden ſeines Perſonals. 385; der beklagte Frachtfahrer kann wegen des Erſatzanſpruchs nicht mit der exceptio excussionis an das ſchuldtragende Perſonal verweiſen. 386; durch die ohne Proteſt erfolgte Annahme der beſchädigten Waaren, resp. Anerkennung der Diſpache, erliſcht der Entſchädigungsanſpruch gegen den Frachtfahrer nicht. 385.
Freiwillige Gerichtsbarkeit, cf. Competenz.
Friſt, cf. Erbantretung, Teſtamentsanfechtung, Appellation.

G.

Gerichtsſtand; —
der belegenen Sache, begründet für Pfandklagen auf Grund des Art. 54 der Wechſel-Ordnung. 84. 89; auch wenn das Pfand in Werthpapieren au porteur beſteht. 84. 188. 433; ſowie wenn pendente lite das Pfand salvo jure übereinkunftsmäßig verkauft iſt. 188; ein Vorbeweis, daß das Pfandobject ſich am Klagorte befinde, iſt namentlich von Seiten des daſelbſt domicilirten Klägers nicht erforderlich. 433; Befugniß des Creditors, das Pfand an ſein neues Domicil zu verbringen. 434; cf. Pfandklage.

Gerichtsſtand des Contracts; Zweifelhaftigkeit der Frage, ob nach Reſ. I. 11, § 1 die Anweſenheit des fremden Beklagten unbedingt erforderlich. 77; bejahend entſchieden. 296; doch genügt die Aufſtellung eines Specialbevollmächtigten von Seiten des fremden Beklagten zur Annahme der Klage. 296; ſowie der Verzicht des Beklagten auf die Bedingung der Anweſenheit. 301; — nur als der des präſumtiven Erfüllungsorts competent. 78;
genereller, auswärts wohnende hieſige Bürger behalten dahier ihr forum generale, wenn ſie die Einkommenſteuer bezahlen. 288;
gewillkürter, (forum prorogatum) wird durch Anbringung der Provocation für die provocirte Klage begründet. 297; deßgleichen durch vorbehaltloſe Theilnahme an einem von dem Kläger beantragten, nicht durch Berufung auf einen Ausnahmsfall motivirten Zeugenverhör zum ewigen Gedächtniß. 300; eine ſolche Beweisaufnahme involvirt die Zuſtimmung des Richters zur prorogatio; prorogatio auswärtiger Partheien auf inländiſche Gerichte zuläſſig; einſeitiger Rücktritt nach erklärter Prorogation unſtatthaft. 301; cf. provocatio ad agendum.

Geſellſchaftsvertrag; durch die von beiden Geſellſchaftern auf Rechnungsablegung und Vertheilung des Gewinns, resp. Verluſt erhobene Klage und Widerklage werden alle ſpäteren Nachforderungen aus der Societät ausgeſchloſſen. 243; Verpflichtung des socius, die in eigenem Nutzen verwendeten Geſellſchaftsgelder zu verzinſen; die Benutzung ſolcher Gelder bedarf bei Kaufleuten keines Beweiſes. 247.

Geſtändniß; der Grundſatz: confessus pro jud. habetur gilt im heutigen Prozeßrecht nicht mehr. 199; cf. dagegen ältere Urtheile. 255. 256.
gerichtliches, irrthümliches, Widerruf eines ſolchen wirkungslos. 241;
Eingeſtändniß thatſächlicher Angaben bei gerichtlicher Verhandlung in nicht ſtreitigen Sachen iſt in dem Stillſchweigen des andern Theils nicht zu finden. 426;
irrthümliches des Vertreters der Parthei, Reſtitution gegen ſolches, ſ. Reſtitution;
in Eheſcheidungsſachen, Beweiskraft. 165.
Siehe auch: Anerkennung, Reſtitution.

Güterrecht, eheliches; Recht des Ehemanns auf Verwaltung des Frauenguts; Befugniß der Ehefrau zur gerichtlichen Inhibirung bei Gefahr für ihr Vermögen. 347.
Siehe auch: Beiſitz, Eheſcheidung, Separation der Güter.

H.

Honorar der Curatoren, ſ. Curator.

J.

Immiſſion, die gerichtliche des Erben alterirt nicht die den Erben von dem Beſitz ausſchließende teſtamentariſche Beſtimmung. 367.

Interimskaufbrief, ſ. Kaufbrief.

Irrthum, cf. Rechnungsfehler, Reſtitution.

K.

Kauf; der Einwand des Beklagten, nicht für eigene, ſondern für fremde Rechnung gekauft zu haben, iſt nicht als Einrede, ſondern als Klagverneinung zu betrachten; demgemäß trifft die Beweislaſt den Verkäufer. 443. 444; auch iſt eine eigentliche Replik dagegen unmöglich. 445;

Uebergabe von Waaren mit der Beſtimmung, daß der von dem Empfänger zu erzielende Erlös dem Tradenten zu gute kommen ſolle, gilt als Verkauf. 454.

Kaufbrief, bei Abweichungen zwiſchen Interims- und Hauptkaufbrief entſcheidet der Inhalt des letzteren. 32; der beabſichtigte Fortbeſtand des Interimsvertrags muß bewieſen werden. 32.

Klagänderung; die Benutzung des Inhalts einer Einrede als ſelbſtſtändigen Klagegrunds enthält eine unzuläſſige Klagänderung. 445; unzuläſſige in zweiter Inſtanz. 43. 86;

Heilung des darin liegenden Mangels durch vorbehaltloſe Einlaſſung des Gegners. 41. 189; cf. Klagverbeſſerung.

Klage, Benamung nicht erforderlich, wenn deren rechtliche Natur aus den Umſtänden zu erkennen iſt. 104;

dingliche, ob Angabe des Erwerbsgrunds erforderlich. 105; Subſtanziirung des aus einer Verjährung entnommenen Erwerbsgrunds. 106.

Klagerläuterung, ſ. Klagänderung, Klagverbeſſerung.

Klagverbeſſerung, zuläſſig ſofern die Vertheidigung dadurch nicht gefährdet wird. 106. 190; cf. Klagänderung;

in der Replik kann wirkſam grobes Verſchulden als fundamentum actionis geltend gemacht werden, wenn die Klage nur allgemein von culpa ſpricht. 383; die auf den Pfandverkauf mitgerichtete Schuldklage kann in der Replik als Pfandklage dargeſtellt werden. 432.

Klagverjährung, ſ. Verjährung.

Koſten, Prozeßkoſten, die Aberkennung geringfügiger Poſten, ſowie Zuvielforderungen, die der unterliegende Beklagte mitverſchuldet hat, ohne Einfluß auf die Entſcheidung über den Koſtenpunkt. 252; ebenſo unerheblich der Umſtand, daß die Erledigung des Prozeſſes durch Eidesleiſtung geſchehen. 254;

Verurtheilung des Adhärenten zu theilweiſem Erſatz; 31;

Koſten der Appellation ſind bei Obſiegen des Appellanten unbedingt zu compenſiren. 291;

Compenſation der Koſten erſter Inſtanz wegen theilweiſe unbegründeter Anträge beider Partheien. 88;

theilweiſe Compenſ. der Koſten wegen ſchuldvoller Pluspetition des Obſiegenden. 254.

L.

Legitimität, cf. status quaestio.

Lotterie, ſ. Spielvertrag.

M.

Mandat, zur Bürgſchaft von Seiten des Schuldners; Einrede des dolus gegenüber dem Debitor, wegen deſſen Verſchweigung der aus der Schuldurkunde nicht erſichtlichen Bedingungen der Schuld. 27.
Siehe auch: Beweislaſt, Anlehn.
Mutatio libelli, ſ. Klagänderung.
Mutter, Erziehungsrecht derſelben, ſ. väterliche Gewalt.
Münzſorte, ſ. Zahlung.

N.

Nebenverabredungen, cf. Vertrag.

O.

Ober-Appellation, ſ. Appellation.
Obligationen au porteur, vorzugsweiſe als Waaren und zwar als res fungibiles zu betrachten. 84. 149. 433.
Officium judicis, ſ. Amt, richterliches.

P.

Pactum, ſ. Vertrag.
Patria potestas, ſ. väterliche Gewalt.
Pauliana actio, ſ. actio P.
Pfandklage, kann mit der Contractsklage cumulirt werden. 85; wenn es ſich bloß um gerichtliche Ermächtigung zum Verkauf eines Fauſtpfands handelt, kommt es auf den präciſen Betrag der Forderung nicht an. 438; cf. Gerichtsſtand der belegenen Sache.
Pfandrecht; das Pfandrecht an einem intellektuellen Antheil einer Liegenſchaft berechtigt nicht zum Verkauf der Letzteren, wohl aber zur Anſtellung der Theilungsklage gegen die Miteigenthümer. 284; dieſer Theilungsklage des Pfandgläubigers können Forderungen der Miteigenthümer an den Pfandſchuldner (aus Conſerenden oder Vorſchüſſen) nicht oppouirt werden. 286.
Procura, durch gehörige merkantiliſche Bekanntmachung der Procura der Ehefrau wird deren Haftung im Concurſe des Ehemanns abgewendet. 348.
Proviſional-Verfügungen, cf. Beſitzſtand.
Provocatio ad agendum kann nur bei einem für die provocirte Klage competenten Gerichte (dem forum des Provocanten) angeſtellt werden; in der Anſtellung liegt daher eine Unterwerfung unter das angerufene Gericht für die Hauptſache. 296.
Prozeßkoſten, ſ. Koſten.
Prozeßleitung, unzweckmäßige, cf. Appellation.
Prozeßzinſen, ſ. Zinſen.

R.

Rechnungsfehler, richterliche, gehen nur dann in Rechtskraft über, wenn über einen Rechnungsfehler falſch entſchieden iſt. 238; ſind von Amtswegen zu verbeſſern. 255.

Rechnungspflichtigkeit des teſtamentariſchen Adminiſtrators, cf. Teſtament.

Rechtskraft; entſpricht das Deciſum dem Klage-, resp. Einrede-Antrage, ſo wird die in dem Urtheil enthaltene Verwerfung einzelner Klage-, resp. Einrede-Gründe nicht rechtskräftig. 283. 320.

Siehe auch: Einrede rei judicatae, Entſcheidungsgründe, Rechnungsfehler.

Rechtsmittel, ſ. Appellation, Reſtitution.

Rechtswohlthat des Inventars, ſ. Erbantretung.

Replik, cf. Einrede.

Res judicata, cf. Urtheil, Einrede.

Reſtitution; —

gegen Friſtverſäumniß bei eigener Nachläſſigkeit unzuläſſig. 17. 172; gewährt bei Nachläſſigkeit des Anwalts. 125; deßgleichen hinſichtlich des von dem Säumigen vertretenen mitbetheiligten Minorennen. 178;

gegen Vertragsabſchluß durch den Bevollmächtigten wegen mangelnden Rechtsgrunds verſagt. 179;

contra rem judicatam ex capite novorum. 192; Vorausſetzungen insbeſondere nach hieſigem Rechte. 192. 202; verjährt mit Ablauf von vier Jahren nach Auffindung der nova. 193; nicht bedingt durch ſofortigen Beweis, aber ausgeſchloſſen durch offenbaren Mangel einer Läſion. 198; das novum muß an ſich und nicht bloß hypothetiſch entſcheidend ſein. 196. 203;

contra rem jud. kann ex clausula praetoris generali oder propter errorem, weil jene auf Unterlaſſungen, dieſe auf die geſetzlich ſpeciell vorgeſehenen Fälle beſchränkt iſt, gewährt werden. 201 flg. 241.

Zuläſſigkeit der rest. gegen irrthümliches Geſtändniß des Vertreters der Parthei. 199. 201; das durch Letzteres veranlaßte, jedoch nicht ausſchließlich darauf baſirte Urtheil wird durch ſolche rest. nicht beſeitigt. 200; rest. gegen eigenes irrthümliches Geſtändniß erfordert außer dem Beweis der Unwahrheit des Geſtandenen den Beweis entſchuldbaren Irrthums. 241. 255; unzuläſſig gegen ein in contumaciam fingirtes Geſtändniß. 256;

die vierjährige Verjährungsfriſt, als Prozeßfriſt anzuſehen und deren Ablauf ex officio zu beachten. 241; die Friſt wird nur durch Inſinuation des Reſtitutionsgeſuchs und durch mala fides des Gegners unterbrochen. 241.

Rheder, ſ. Frachtvertrag.

Richterliches Amt, ſ. Amt.

S.

Sachlegitimation des Ceſſionars, ſ. Ceſſion.

Sachverſtändige; zuläſſige Gegenfragen an Sachverſtändige. 209; Vervollſtändigung des Gutachtens durch dieſelben Sachverſtändigen bei mangelnder Vorausſetzung der Zuziehung neuer Experten (fehlende Sachkenntniß und Befangenheit). 411. 412; cf. Schätzung.

Schadenersatzklage, muß durch Darlegung eines Schadens begründet werden, wenn auch vorbehaltlich der Liquidation der Größe des Schadens. 151.

Schätzung, Voraussetzungen, unter welchen nach dem Expropriations-Gesetz vom 22. Juni 1847, sowie im gewöhnlichen Verfahren auf wiederholte Schätzung zu erkennen. 57. 332. 335; insbesondere Unzulässigkeit, wenn eine feste Basis für die Entscheidung durch solche nicht mehr hergestellt werden kann. 57; Prüfung abweichender Gutachten; Durchschnittsberechnung, auch wenn ein Gutachten jeden Werth abspricht. 63 flg. 332. 335; dient die Schätzung nur zur Instruction des Richters, nicht als Beweismittel, so hängt die Würdigung der einzelnen Gutachten von dessen Ermessen ab. 333. 334.

Schirne, Charakter der Metzgerschirnen-Gerechtigkeit als Immobiliareigenthum. 100.

Schwängerung, s. Alimente, Defloration.

Separation der Eheleute, vertragsmäßige, Wirkungen derselben. 463; cf. väterliche Gewalt.

Separation der Güter der Ehefrau im Concurse des Ehemanns wird durch jede regelmäßige, wenn auch nicht ununterbrochene Thätigkeit der Frau im Geschäfte ausgeschlossen. 36; Ausnahme, falls die Ehefrau kraft gehörig bekannt gemachter procura des Ehemanns handelt. 348; Unzulässigkeit der Ausdehnung der in Ref. I. 49. § 5 und III. 7. § 12 enthaltenen Verwirkungsgründe. 347. 351.

Servitut; Bestellung einer Realservitut durch Vertrag, resp. Vorbehalt bei Eigenthumsveräußerung selbst zu Gunsten künftiger Gebäude; Auslegung des Veräußerungsvertrags in dieser Richtung. 418. 419; bei Theilung des herrschenden, resp. des dienenden Grundstücks dauert die Servitut zu Gunsten resp. zu Lasten der einzelnen Theile fort. 419;

Servituten-Ersitzung; der erforderliche animus jure suo utendi liegt auch in dem animus domini. 107; bei serv. discontinuae greift die gewöhnliche Verjährungszeit Platz. 107; auch ist die Existenz eines Titels irrelevant. 108; die in letzterer Beziehung abweichenden Bestimmungen des Baustatuts C. VII. § 3 — 7 und 11 (über Fenster- und Traufenrecht) sind auf andere Servituten nicht auszudehnen. 108; accessio possessionis bei der Servituten-Ersitzung. 109; Erforderniß wirksamer Unterbrechung. 109; der Erwerb der Servitut durch den Miteigenthümer ist bedingt durch die Mitwirkung, resp. nachfolgende Genehmigung der condomini. 110; Ausnahme hinsichtlich des vermöge seines Beisitzes das ganze praedium dominans vertretenden conjux superstes. 110; die vitia possessionis hat der Gegner des Besitzers zu beweisen. 110;

Servituten-Klage, nicht ausgeschlossen durch die rechtskräftig zurückgewiesene frühere Geltendmachung des Eigenthums an dem praedium serviens. 104. 111; cf. Klage, dingliche.

Simulation, Einrede der Simulation gegen eine Cession; s. Cession.

Societät, s. Gesellschaftsvertrag.

Spielvertrag, bei der Klage des Käufers aus dem Kaufe eines für alle Classen indoſſirten Looſes erſter Claſſe auf den in dritter Claſſe darauf gefallenen Gewinn iſt die Vorlage des in dem Indoſſamente in Bezug genommenen (valable aux termes de ma lettre) Briefes nicht erforderlich. 311; die bei Einleitung der Geſchäftsbeziehungen zwiſchen Spieler und Collecteur von Letzterem geſtellte Bedingung der Vorausbezahlung des Preiſes für alle überſendeten Looſe, gilt nicht als fortbeſtehend, wenn der Collecteur ein Loos ſpäterer Lotterie zuſendet, für welches er faſt volle Deckung in Händen hat. 313; Annahme ſtillſchweigender Acceptation eines eingeſandten Looſes von Seiten eines früheren Spielers begründet durch Zurückbehaltung des Looſes, resp. Nichteinfordern eines in Händen des Collecteurs befindlichen früheren Gewinnes. 314; die Ausbedingung ausdrücklicher Acceptation iſt vom Collecteur zu beweiſen. 315; iſt dem Looskäufer zur Zahlung Friſt bis vor Ziehung einer beſtimmten Claſſe gegeben, ſo erfolgt die Zahlung und das Verlangen der Renovationslooſe rechtzeitig noch am Abend vor der Ziehung. 323.

Staatspapiere, ſ. Werthpapiere.

Status quaestio, hinſichtlich der Legitimität eines vor dem 182ſten Tage gebornen Kindes präjudizirt nicht der Klage des Ehemanns auf Eheſcheidung wegen vorehelicher Schwangerſchaft. 229; Siſtirung der status quaestio durch den Tod des Kindes bis zur Reaſſumtion durch einen Rechtsnachfolger. 232.

Statuten-Colliſion, die formellen Erforderniſſe des Ceſſionsacts nach den Geſetzen des Ceſſionsorts, die Gültigkeit der Ceſſion ſtreitiger Forderungen nach denen des Prozeßorts zu beurtheilen. 359.

Statutgebühr, Teſtamentsanfechtung wegen Entziehung derſelben, ſ. Teſtamentsanfechtung.

Strafe, gegen den Sachführer bei verſäumter Appellations-Nothfriſt. 126; wegen Prozeßverſchleifung und Mißbrauchs der Appellation unter Verſchonung der Partei, einer Frau. 179; wegen ungeziemender Schreibart. 287.

Suppletorium, ſ. Eid.

T.

Teſtament; Erbeinſetzung nicht aufgehoben durch die weitere teſtamentariſche Beſtimmung, daß dem Erben weder Eigenthum, noch Verwaltung, ſondern nur ein beſchränkter Genuß zuſtehen ſoll. 367; Auslegung des Teſtaments in der Richtung, ob einem ſolchen Erben Controle der Verwaltung und Recht auf Rechnungsſtellung zuſteht. 368; die teſtamentariſch ernannten Adminiſtratoren ſind Teſtamentsvollſtreckern gleich zu achten. 368; dieſelben ſind dem heres fiduciarius rechnungspflichtig, auch wenn ſolches dem heres fideicomm. gegenüber nicht der Fall iſt. 371; teſtamentariſche Beſchränkungen der Befugniſſe des Erben greifen auch gegen deſſen curator prodigi Platz. 368; Bedeutung der Anordnung pupillariſcher Verwaltung nach dem concreten Inhalt des Teſtaments zu beurtheilen. 370.

Teſtamentsanfechtung wegen Entziehung der Statutgebühr iſt gleichfalls an die Ref. IV. 10. § 1 beſtimmte Verjährungsfriſt gebunden. 9. 10; Berechnung der Unterbrechung der Friſt. 12; der Ablauf der Friſt ſchließt ipso jure die Anfechtung, ſelbſt die mittelſt einer Einrede aus. 16. 17; Unterbrechung des Friſtenlaufs durch wirkliche Klaganſtellung, ausnahmsweiſe Siſtirung derſelben durch gerichtliche Verwahrungsanzeige (12. 15); ſowie durch ehehafte Hinderniſſe. 17; Reſtitution gegen die Verſäumniß unzuläſſig bei eigener Nachläſſigkeit des Imploranten. 17.

Teſtamentsexecutoren, ſ. Teſtament.

Theilungsbeiſtand, die gerichtliche Beſtellung eines ſolchen für minderjährige Erbintereſſenten gegen den Willen der Vormünder enthält keine Rechtsverletzung. 69; Unzweckmäßigkeit ſolcher Verfügung, wenn ſtreitig, ob der Minorenne als Erbe oder Legatar betheiligt ſei. 67.

Theilungsklage, cf. Pfandrecht.

Trennung der Eheleute, zeitweilige, in Folge Vertrags. 463; cf. väterliche Gewalt;

proviſoriſche, ſ. Eheſcheidung.

U.

Uneheliche Kinder; nach hieſigem Rechte kann die Beiſchreibung des pater naturalis in den Standesbüchern nur nach vorausgegangener gerichtlicher oder außergerichtlicher Anerkennung der Vaterſchaft gefordert werden. 267; cf. Alimente, Defloration.

Urtheil; der Beklagte kann deſſen Inhalt zur Grundlage einer eigenen Klage wider den Gegner benutzen. 102.

Stillſchweigende Verwerfung eines Antrags. 268; Verwerfung der Appellation ohne Gehör des Appellaten bei offenbarer Grundloſigkeit. 182.

Die ſtreitig gewordene Frage, ob über einen beſtimmten Punkt in höherer Inſtanz rechtskräftig entſchieden ſei, iſt im ordentlichen Prozeßwege, nicht durch Declarationsgeſuch bei dem Obergerichte zur Entſcheidung zu bringen. 199.

Siehe auch: Appellation, Einrede, Entſcheidungsgründe, Rechnungsfehler, Rechtskraft, Reſtitution.

Ususfructus, cf. Beiſitz.

V.

Väterliche Gewalt; Verhältniß des Erziehungsrechts des Vaters zu dem der Mutter; ausnahmsweiſes Uebertwiegen des der Letzteren ex justa causa. 464; eine ſolche iſt in einem der Mutter die Erziehung zuſprechenden Vertrag mit dem Vater enthalten, wenn auch dieſer Vertrag nicht als obligatoriſch erachtet wird. 465; Abweichungen von ſolchem Vertrag nur bei erwieſenem Intereſſe des Kindes, oder bei Verletzungen der dem Vater vorbehaltenen Rechte ſtatthaft. 465. 466.

Vaterſchaft; außereheliche, Vorausſetzung der Beiſchreibung in die Standesbücher. 267.

Verjährung der Teſtamentsanfechtungsklage, ſ. Teſtamentanfechtung. — Servituten-Erwerb durch Verjährung, ſ. Servitut. — **Quadriennium** restitutionis, ſ. Reſtitution.

Verlagsvertrag, Auslegung deſſelben im concreten Falle hinſichtlich der Frage, ob der Verfaſſer an etwaigem Verluſte participire. 128.

Verſchwender; deſſen Curator iſt den ſchon vor der Prodigalitäts-Erklärung in einem Teſtamente gegen den prodigus als Erben verfügten Dispoſitions- und Adminiſtrationsbeſchränkungen unterworfen. 368.

Vertrag, ſchriftlicher, aus welchem ſich das Vorhandenſein mündlicher Nebenverabredungen nicht erſehen läßt, hat die Vermuthung der vollſtändigen Aufzeichnung für ſich. 28; dem ſolche Nebenverabredungen Behauptenden liegt der Beweis ob. 28. 132. 178; einſeitiger mündlicher Vorbehalt bei Unterzeichnung des Vertrags begründet keine Aenderung deſſelben. 178.

Anfechtung eines Vertrags wegen dolus causam dans. 322.

Vertrag der Eheleute über zeitweilige Separation. 463; deßgleichen über Erziehung ehelicher Kinder. 463; cf. väterliche Gewalt.

Siehe auch: Dienſtvertrag, Kaufbrief, Verlagsvertrag.

Verzugszinſen, ſ. Zinſen.

Vindication; der Vindicant hat nur ſein Eigenthum, nicht deſſen Unbeſchränktheit zu beweiſen. 455.

Vollmacht zur provocatio ad agendum legitimirt den Vertreter nicht zur Annahme der Inſinuation der provocirten Klage. 297. — Siehe auch procura.

W.

Werthpapiere au porteur; vorzugsweiſe als Waare und zwar als res fungibiles zu betrachten. 84. 149. 433.

Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, ſ. Reſtitution.

Z.

Zahlung, vereinbarte Zahlung in fremder valuta (preuß. Thaler) hat effectiv oder nach dem Tagescourſe zu geſchehen. 339. 343; die Tarifirung der preuß. Thaler in § 7 des Einführ.-Geſ. zur Wechſel-Ord. auf Wechſelzahlung beſchränkt. 341.

Als Zahlungsort wird der locus contractus präſumirt. 78; Feſtſtellung des Zahlungsorts aus den Geſchäftsverhandlungen. 79 bis 84; cf. Gerichtsſtand.

Zeugen, unfähige, ſind gemeinrechtlich nicht in allen Fällen, wo anderer Beweis fehlt, zuläſſig, ſondern nur testes domestici und Verwandte (letztere bei der Frage über Conſanguinität in causis matrimonialibus). 208; auch nach hieſ. Recht (Reſ. I. 33, § 14) ſind ſolche Zeugen nur zuläſſig, wenn der Mangel anderer Beweiſe aus der Natur der Verhältniſſe reſultirt. 209. 210.

Zeugniß; Dispoſitionsacte von unbeſchwornen Zeugniſſen zu unterſcheiden. 374.

Zinſen; —

Zinſen, welche nur von Amtswegen zuzuerkennen ſind, können nicht ſelbſtſtändig gefordert und deßhalb nicht ad separatum verwieſen werden. 243; Verpflichtung des socius, die in eigenen Nutzen verwendeten Geſellſchaftsgelder zu verzinſen. 247.

Prozeßzinſen, deren Lauf beginnt mit der Inſinuation der präparatoriſchen Klage, ſofern dabei die Abſicht der Geltendmachung der Forderung ausgeſprochen iſt. 246; deren Lauf wird nicht ſiſtirt durch vom Kläger verſchuldete Verzögerung des Prozeſſes. 247; Beſchränkung auf das alterum tantum unanwendbar bei Prozeßzinſen und bei Zinſen, welche in Folge einer der Klage gleich zu achtenden Maßregel (protest. judic. contra debitorem absentem) geſchuldet werden. 251.

Verzugszinſen, laufen vom Tage der Interpellation, auch bei ſpäterer Klagebehändigung. 343; Geſtattung der Berechnung von Zinſen aus einer der Klage vorausgegangenen mora. 249.

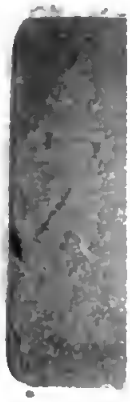
Zinſeszinſen können auch aus dem Geſichtspunkte des Intereſſe, der negotiorum gestio etc. nicht verlangt werden. 250; ſind jedoch aus ſolchen Zinsbeträgen, die der Beklagte von Dritten für den Creditor erhoben hat, ſowie von dem Vormunde, der dem Mündel Darlehnszinſen ſchuldet, zu entrichten. 393.

Zuſtändigkeit der Gerichte, ſ. Competenz, Gerichtsſtand.

Druckfehler.

Seite 66.	Zeile 16	von	unten	lies	„der" ſtatt „den."
„ 107.	„ 3	„	„	„	„discontinuae" ſtatt „discontinnae."
„ 199.	„ 10	„	oben	„	„declaratoriſcher" ſtatt „declamatoriſcher."
„ 237.	„ 8	„	„	„	„fl. 95. 57 kr." ſtatt „fl. 59. 57 kr."
„ 239.	„ 14	„	unten	„	„keine" vor „Erinnerung."
„ 245.	„ 18	„	oben	„	„Additional-Contract" ſtatt „Additions-Contract."
„ 246.	„ 18	„	„	„	„nicht" vor „erforderlich."
„ 261.	„ 6	„	„	„	„weder" ſtatt „wegen der."
„ 294.	„ 1	„	„	„	„Provocaten" ſtatt „Provocanten."
„ 296.	„ 1	„	unten	„	„dahin" ſtatt „dahier."
„ 374.	„ 14	„	oben	„	„jedoch" ſtatt „doch."
„ 409.	„ 13	„	„	„	„nicht" vor „die Abſicht."
„ 420.	„ 11	„	„	„	„Wich's" ſtatt Wicht's."
„ 444.	„ 11	„	„	„	„Contracts" ſtatt „Concorrents."
„ 445.	„ 6	„	„	„	„Kläger" ſtatt „Beklagter."

Ex. z. Nr.



Digitized by Google